

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

DE

L'EXCEPTION DE COMPENSATION

DROIT FRANÇAIS

THÉORIE JURIDIQUE ET COMPARÉE

DE LA

COMPENSATION

D'APRÈS LE CODE CIVIL FRANÇAIS

ET LE PROJET DE CODE CIVIL ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Pol ÉRARD

AVOCAT

1895

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1895

THÈSE DE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT

Doyen : M. LEDERLIN, *, I.

Doyen honoraire : M. JALABERT *, I.

Professeur honoraire : M. LOMBARD (Ad.), *, I.

MM. LEDERLIN *, I, Professeur de Droit romain, Chargé du cours de Pandectes, et du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières.

LIÉGEOIS, I, Professeur de Droit administratif, et Chargé du cours de Législation industrielle.

BLONDEL, I, Professeur du Code civil, et Chargé du cours de Droit constitutionnel. (Doctorat).

BINET, I, Professeur de Code civil, et Chargé du cours d'Enregistrement.

LOMBARD (P.), Professeur de Code civil.

GARNIER, I, Professeur d'Économie politique, et Chargé du cours de Législation financière.

MAY, I, Professeur du droit romain Chargé du Cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit international public et Droit des gens.

GARDEIL, I, Professeur de Droit criminel.

BEAUCHET, I, Professeur de Procédure civile, et Chargé du cours de Procédure civile (Voies d'exécution).

BOURCART, A, Professeur de Droit commercial.

GAVET, A, Professeur d'Histoire du Droit.

CHRÉTIEN, A, Professeur de Droit international public et privé.

CARRÉ DE MALBERG, Agrégé, Chargé du cours d'Éléments de Droit constitutionnel et Organisation des pouvoirs publics et du cours de Droit administratif (matières spéciales).

LACHASSE, I, Docteur en Droit, Secrétaire.

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

DE

L'EXCEPTION DE COMPENSATION

DROIT FRANÇAIS

THÉORIE JURIDIQUE ET COMPARÉE

DE LA

COMPENSATION

D'APRÈS LE CODE CIVIL FRANÇAIS
ET LE PROJET DE CODE CIVIL ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Vendredi 9 Février 1895, à 4 heures

PAR

Pol ÉRARD

AVOCAT

Président : M. LEDERLIN, Doyen.

Suffragants : { MM. BINET, } *professeurs.*
 { CHRÉTIEN, }
 { CARRÉ DE MALBERG, } *agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1894

A MES PARENTS

A MES AMIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546204_0009

BIBLIOGRAPHIE

- Accarias.** — Précis du droit romain. — Édition 1882.
- Bonjean.** — Traité des actions. — 2^e édition.
- Désjardin.** — De la compensation. — Édition 1834.
- Ihering.** — Esprit du droit romain. — Traduction Meulenaere.
- Lair.** — De la compensation. — Édition 1832.
- Machelard.** — Des obligations naturelles en droit romain.
- De Savigny.** — Le droit des obligations. — Traduction de MM. Gérardin et Jozon.
- Aubry et Rau.** — Cours de droit civil français. — 4^e édition.
- Baudry-Lacantinérie.** — Précis de droit civil. — 3^e édition.
- Brinz.** — Pandectes.
- Bufnoir.** — Cours de code civil, 1889-90.
— Cours supplémentaire, 1890-91. Étude approfondie et comparée, des sûretés réelles et personnelles. Régime hypothécaire.
- Doneau.** — De jure civili.
- Dictionnaire du notariat.** — 4^e édition.
- Duranton.** — Cours de droit français suivant le code civil. — 4^e édition.
- Labbé.** — Note sur un arrêt de la Cour de Caen du 27 juin 1874, dans Sirey, 1879, 2^e partie.
- Laurent.** — Principes de droit civil français. — 4^e édition (1887.)
- Marcadé.** — Explication théorique et pratique du code Napoléon. — 6^e édition.
- Merlin.** — Répertoire de jurisprudence.
— Question de droits.
- Mouchet.** — Dans les annales de droit commercial, 1889.
- Saieilles.** — Essai d'une théorie générale de l'obligation, d'après le projet de code civil allemand.
- Thaller.** — Les faillites en droit comparé.
- Windcheid.** — Pandectes.

PRÉFACE

Le but que nous nous sommes proposé en traitant de la compensation, n'a pas été de montrer l'importance de cette institution dans la pratique ; son fonctionnement en Angleterre, comme ont su le comprendre les banquiers de Londres, l'a fait suffisamment sentir, et l'accroissement constant de la fortune mobilière en France, la fera comprendre de plus en plus. Aussi avons-nous voulu surtout étudier l'organisme de cette partie de notre droit pour en faire connaître les avantages et les défauts, et mettre en parallèle son fonctionnement actuel dans le Code civil français, avec celui que l'on propose en Allemagne, dans le projet de Code civil. Nous avons pris comme point de départ la compensation à Rome, berceau commun des deux législations, qui pourtant sont complètement différentes.

Toutefois, avant de mettre en face l'une de l'autre deux institutions, dont l'une fonctionne depuis bientôt cent ans et dont l'autre n'est qu'à l'état d'étude, nous avons tenu à faire une observation : le projet de Code civil allemand est encore, à l'heure actuelle, à l'état de formation, il a changé et subira d'autres changements avant d'être le droit définitivement appliqué. Comme nous le fai-

sait remarquer l'éminent professeur de la Faculté de droit de Dijon, M. Saleilles, dont l'on a apprécié le traité sur l'obligation, d'après le projet de Code civil allemand : « On ne peut plus aujourd'hui parler de ce projet sans connaître les modifications qu'il vient de subir, en attendant celles qui suivront. » Il ne nous a pas été permis d'attendre celles qui surviendront, mais tout porte à croire qu'elles seront peu importantes en ce qui concerne notre matière. Jusqu'alors, à part un point concernant l'article 334 nouveau, lequel correspond au second paragraphe de l'ancien article 281, ces modifications n'ont guère été que des modifications dans la forme, comme, du reste, nous le verrons.

Mais la base même de la compensation ne variera pas, son caractère est nettement déterminé dès à présent, et peut être suffisamment étudié. C'est sur quoi ont porté surtout nos efforts avec le désir d'aboutir à un résultat satisfaisant.

DROIT ROMAIN

—

DE

L'EXCEPTION DE COMPENSATION

INTRODUCTION

La compensation, que le Code civil français met au nombre des modes d'extinction des obligations, ne fut pas toujours considérée comme telle.

Si l'on remonte à son origine, c'est-à-dire au droit Romain, dont nous la tenons, on voit qu'elle n'y était qu'un moyen de défense donné au défendeur, poursuivi par une personne, qui elle-même était sa débitrice, pour lui épargner de payer à un créancier contre lequel il avait une créance. C'était un résultat de la procédure qui a varié avec elle.

Il est donc naturel de suivre les diverses phases de cette procédure pour faire une étude logique de la compensation.

Nous l'étudierons d'abord au temps des *legis actiones*, puis, arrivant au système formulaire, nous verrons les transformations que lui fit subir Marc-Aurèle ; nous verrons enfin ce qu'elle est devenue sous Justinien.

CHAPITRE PREMIER

SYSTÈME DES LEGIS ACTIONES.

Si l'on passe en revue les *legis actiones* en faisant abstraction de la *pignoris capio* et de la *manus injectio*, qui étaient des voies d'exécution, on voit que la compensation ne pouvait être prononcée que dans la *judicis postulatio*.

Le *sacramentum* ne laissait au juge aucune étendue pour sa décision; il devait répondre affirmativement ou négativement à la question qui lui était posée; il était astreint à déterminer celle des parties dont la *sacramentum* était *justum* et à condamner l'autre.

Dans la *condictio*, les pouvoirs du juge étaient les mêmes, car cette *legis actio* n'était autre que la *sacramentum* auquel on avait ôté de sa rigueur en supprimant le pari, en quelque sorte, que faisait chaque partie et dont le montant profitait au trésor (1).

Il ne reste plus à examiner que la *judicis postulatio*, la seule où la compensation fût possible. Cette *legis actio* comprenait les cas où le juge avait à se prononcer, en tenant compte de l'équité, *salva fide*, et qui, si l'on en

(1) Accarias, édit. 1882, p. 83. — Desjardins, *De la compensation*, p. 26.

croit Cicéron (1), devinrent plus tard des actions de bonne foi. Elle comprenait les affaires « dont le propre caractère fût de faire naître entre les parties des obligations réciproques (2) »,

Le juge, chargé de statuer sur ces affaires, devait tenir compte de l'équité, c'est-à-dire que son pouvoir s'étendait non seulement à la réclamation du demandeur, mais aussi à tout le fait juridique lui-même. Il ne se bornait pas à examiner si la prétention était juste en elle-même, il devait voir tous les éléments de la cause, mettre en ligne de compte les créances que le défendeur pouvait avoir contre le demandeur et qui résultaient de la même affaire, pour absoudre ce défendeur ou atténuer sa condamnation. « En un mot, dit M. Desjardins, si la compensation a dû être admise dans la *judicis postulatio*, c'est en vertu du même principe qui l'a fait admettre dans les actions de bonne foi, la nécessité de faire respecter la bonne foi elle-même et l'équité (1). » Gaïus exprimait déjà la même idée en ces termes : « *Judici... compensationis rationem habere... formulæ verbis præcipitur; sed quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur, id officio ejus contineri creditur* (4) ».

Toutefois, si le juge doit statuer *ex bonâ fide*, il ne doit pas non plus sortir de l'affaire en litige, ce qui imposait comme condition à la compensation que les deux créances soient nées *ex eadem causâ*, condition qui subsistait encore au temps de Gaïus, comme nous le remarquerons plus loin.

(1) Cicéron, *De officiis*, III, 17.

(2) Desjardins, p. 26.

(3) id.

(4) Gaïus, Comm. IV, 63.

Mais faut-il décider, comme l'ont fait quelques-uns, que non seulement les deux créances doivent avoir leur origine *ex eadem causâ*, mais encore qu'elles doivent avoir des objets de même nature (1) ?

On a donné comme raison à cette manière de voir qu'à l'époque des actions de la loi, la condamnation n'était pas pécuniaire comme elle le sera au temps du système formulaire. Nous ne nous rallions pas à cette opinion, car, comme le dit judicieusement M. Desjardins (2), « même sous l'empire du système formulaire, la règle de la condamnation pécuniaire ne suffit pas pour expliquer la compensation admise entre choses différentes. Le juge a bien le pouvoir de condamner le défendeur, et, par suite, s'il le condamne, il doit estimer en argent la valeur de la chose due par lui, pour en faire le montant de la condamnation. Il n'a pas le même pouvoir à l'égard du demandeur ; la réduction en argent est la conséquence de la condamnation, et le demandeur ne peut être condamné...

« Ce n'était donc pas une particularité du système formulaire que la compensation fût possible, malgré la différence des objets, puisque les règles de ce système ne suffiraient pas pour établir cette possibilité ». De plus, le juge devant se prononcer en tenant compte de l'équité, c'eût été, souvent, aller à l'encontre du but de la *judicis postulatio* que d'exiger que les dettes eussent des objets de même nature pour pouvoir se compenser.

Il se peut que l'observation présentée par M. Lair soit exacte dans certains cas où l'équité elle-même aurait eu à souffrir de ce qu'on forçât l'une des parties à garder en paiement une chose d'une autre nature que ce qu'elle

(1) Lair, *De la compensation*, édit. 1862, p. 5.

(2) Desjardins, *De la compensation*, édit. 1864, p. 2 et suivantes.

voulait. Mais alors c'était une question de fait à examiner par le juge. Il est plus probable que la compensation pouvait être prononcée même quand les objets n'étaient pas de même nature et toujours en vertu de la bonne foi ; c'était même, tout porte à le croire, l'hypothèse la plus fréquente.

En effet, restreindre l'admission de la compensation aux seuls cas où les objets à compenser étaient de même nature, c'était presque la détruire. Car, quelle était donc la portée de la règle en vertu de laquelle le juge, dans la *judicis postulatio*, pouvait tenir compte des obligations réciproques des parties en présence, quand ces obligations résultaient *ex eadem causâ* ? « Elle ne faisait pas de la *judicis postulatio* un *judicium duplex*, comme le furent les actions en partage et les interdits d'une certaine classe, *judicium* où, chaque partie étant à la fois demanderesse et défenderesse, celui qui avait introduit l'action pouvait être condamné. Rien n'indique dans les textes romains que la *judicis postulatio* ait eu ce caractère, et, comme il est tout à fait exceptionnel, il n'est pas permis de le lui attribuer par conjecture (1) ». Mais alors, quand les objets des deux obligations respectives provenant de la même cause auront des objets de nature différente, le juge, s'il ne peut admettre la compensation, ne pourra pas non plus condamner le demandeur.

Evidemment, ce résultat pourra être contraire à l'équité, ce qui est inadmissible quand il s'agit de la *judicis postulatio* où la bonne foi doit être observée ; aussi admettrons-nous que la compensation était possible, même quand les objets à compenser étaient de nature différente.

(1) Desjardins, p. 28.

CHAPITRE II

SYSTÈME FORMULAIRE.

SECTION I. — La compensation n'est admise que dans quelques cas exceptionnels.

1^o Dans les actions de bonne foi, la faculté accordée au juge de compenser les dettes réciproques, ayant leur origine *ex eâdem causâ*, du créancier et du débiteur, était l'un des traits saillants.

Si nous en croyons Cicéron, un bon juge doit, dans les actions *bonæ fidei*, tenir compte de ce que les parties sont débitrices l'une à l'égard de l'autre ; Gaius confirme cette manière de voir : « Quand le demandeur, dans l'action de bonne foi, est lui-même débiteur de celui qu'il poursuit, le juge ne doit condamner le défendeur qu'à l'excédent de ce qu'il doit sur ce qui lui est dû : *In reliquum eum cum quo actum est condemnare* (1).

Mais pour que la compensation fût admise, il fallait que les deux dettes proviennent *ex eâdem causâ*. Toutefois, les *institutes* (2) semblent en contradiction avec le texte de Gaius, car nous n'y retrouvons plus cette condition.

(1) G. IV, § 61.

(2) Ins. IV, 6, § 30.

La contradiction n'est qu'apparente, si l'on considère qu'à partir du rescrit de Marc-Aurèle, la compensation s'opérait même pour des créances nées *ex diversâ causâ*, par le moyen de *l'exceptio doli mali* dans les actions *stricti juris*, exception qui se trouvait sous-entendue dans les actions de bonne foi.

2^o Le deuxième cas, où la compensation était admise, était celui d'une action intentée par un *argentarius*. Quand un *argentarius* poursuivait en justice, et que son action était à la fois *stricti juris et certa*, il devait faire la balance de ce qui lui était dû par celui contre qui il agissait, et de ce que lui-même il lui devait, pour ne réclamer que la différence.

Cette compensation n'était pas facultative, elle présentait même des dangers pour le poursuivant. En effet, celui-ci devait la mentionner dans l'*intentio*, ce qui lui faisait courir le risque d'une *plus petitio*, au cas où il aurait demandé trop. Gaius, qui nous donne ces renseignements, nous fait connaître la formule de l'action : *si paret Titium sibi X millia dare oportere amplius quam ipse Titio debet* (1).

Un *argentarius* doit dix à Titius, qui lui-même lui doit vingt ; il ne pourra réclamer que dix. Par conséquent, si l'*argentarius* demande plus que dix, il sera condamné, et son action ayant été déduite *in judicium*, il ne pourra plus agir de nouveau pour réclamer ce qui lui est dû. Toutefois, mais ceci n'est vrai qu'à partir de l'innovation de Marc-Aurèle, il conservera une obligation naturelle opposable, sous forme d'*exceptio doli* au défendeur absous qui agirait contre lui pour réclamer sa dette.

(1) G. IV, 64.

Mais, d'une part, si la loi se montrait si sévère pour l'*argentarius*, d'autre part, sa rigueur était atténuée par les conditions qu'elle exigeait pour que la compensation soit obligatoire.

En effet, l'*argentarius* n'était tenu de compenser que les dettes ayant pour objet des choses de même genre, *velut pecunia cum pecunia compensatio, triticum cum tritico, vinum cum vino*, et même, d'après quelques-uns, nous dit Gaius, des choses de même qualité (1). Il fallait, en outre, que la dette de l'*argentarius*, comme la créance, fût exigible.

Si l'on cherche la raison de cette compensation imposée à l'*argentarius* seul, puisque, pour tout autre, elle était facultative, même pour celui contre qui il agissait, l'on voit que ce n'est qu'une conséquence du formalisme de l'ancien droit romain, ou, tout au moins, de sa procédure.

L'*argentarius* était obligé de tenir des livres sur lesquels se trouvaient inscrites les créances et les dettes existant entre lui et une même personne, livres ouverts à quiconque voulait s'informer de la situation pécuniaire d'un individu. Il lui était donc facile de faire la différence de ses comptes, et d'agir une seule fois pour le tout. C'était un moyen d'éviter au juge de recourir deux fois aux mêmes documents et d'avoir à statuer à diverses reprises sur des affaires qu'il pouvait juger après un seul examen.

3^e Outre les actions de bonne foi et le cas d'une poursuite intentée par l'*argentarius*, la compensation était encore admise sous le nom de *deductio*, quand l'adjudicataire des biens d'un débiteur qui ne paye pas voulait

(1) G. IV, 66.

poursuivre un débiteur du déconfit, et que ce dernier était lui-même créancier du failli. Mais cette obligation du *bonorum emptor* était moins rigoureuse que celle de l'*argentarius*. En effet, tandis que ce dernier devait mentionner la *compensatio* dans l'*intentio* de son action, le *bonorum emptor* faisant sa *deductio* dans la *condemnatio* ne courait pas les risques d'une *plus petitio*, et bien que l'*intentio* désignât une somme déterminée, et fût *certa*, la *condemnatio* était *incerta* et devait être déterminée par le juge.

Aussi, les risques étant moins grands dans la *deductio* que dans la *compensatio*, le domaine de la première était-il plus vaste. Il n'était pas nécessaire que les créances aient des objets de même nature ou même de qualité identique comme dans la *compensatio* de l'*argentarius*, on compensait aussi bien du blé avec du vin, du vin avec de l'argent, et le débiteur poursuivi n'était condamné qu'au reliquat *deducto eo quanti erit* (1).

Enfin, nouvelle différence avec la *compensatio*, la *deductio* était possible alors même que les créances du demandeur et du défendeur n'étaient pas exigibles.

SECTION. II. — La compensation après le rescrit de Marc-Aurèle.

On pourrait croire, et l'on a soutenu qu'avant Marc-Aurèle la compensation n'était admise que dans les actions de bonne foi, et les actions *stricti juris* de l'ar-

(1) G. IV, 66.

gentarius et du *bonorum emptor*. Evidemment, il y aurait eu là une grande lacune, en ce qui eût concerné les actions de droit strict.

Un créancier insolvable, muni de son action, aurait pu réclamer le paiement à son débiteur sans lui-même être assujéti à payer la dette qu'il pouvait avoir contractée envers ce dernier.

Le remède à cette injustice aurait été trouvé par Marc-Aurèle, en autorisant la compensation dans les actions *stricti juris*, par le moyen de l'*exceptio doli*.

Est-ce bien là la vérité ? Marc-Aurèle innovait-il ou ne faisait-il que consacrer législativement une jurisprudence préexistante ?

D'après les uns, il y avait innovation. On invoque surtout le silence de Gaïus ; en outre, si nous écoutons M. Accarias, « il est incontestable que, même à l'époque de Gaïus (1), la compensation *ex diversâ causâ* échappait à l'examen du juge dans les actions de bonne foi, et cela suffit à prouver que, pendant longtemps, les Romains n'estimèrent pas que cette compensation fût commandée par l'équité. »

Nous avons le regret de n'être pas de l'avis de l'éminent professeur : son argument tombe devant des textes bien clairs. Quelques-uns du livre *de compensationibus* d'abord invoqués à l'appui de notre opinion, ont été repoussés comme ayant trait soit à la *compensatio* de l'*argentarius*, soit à la *deductio* du *bonorum emptor*, notamment les lois 3, 5, 8, 13, 14 et 15.

Nous ferons appel à d'autres.

Si nous nous reportons à la loi 5, § 2, livre XXIII,

(1) IV, § 61,

titre IV, de *pactis dotalibus*, nous y remarquons une compensation s'opérant *ipso jure* au profit de la femme. « Si on convenait, dit le texte, que le mari ne pourrait pas former de demande contre sa femme, pour les dépenses nécessaires qu'il aurait faites sur le corps de la dot, la convention ne doit pas être exécutée, parce que ces dépenses diminuent la dot d'autant et de plein droit. » Le cas était celui-ci : après la dissolution du mariage, le mari devait restituer la dot ; il parut équitable aux jurisconsultes que le mari fût remboursé des dépenses nécessaires qu'il aurait faites pour cette dot. Le mari, poursuivi par la femme, devait être condamné au remboursement intégral, c'était une injustice. Que fit-on ? On admit que la créance de la femme s'était diminuée d'autant, *ipso jure* : il n'était pas question de cette créance au cours du procès ; elle opérait comme facteur de soustraction, l'action ne contenait que le montant de la créance de la femme diminuée de la créance du mari : c'est en ce sens que le texte dit : *impensæ necessariæ dotem ipso jure minuunt*. Et alors, comme on l'a fort bien remarqué, ce mode d'opérer prouve à lui seul son origine ancienne, remontant à une époque antérieure à celle où les exceptions fonctionnaient déjà ; autrement, sans aucun doute, on aurait agi par le moyen de *l'exceptio doli* (1).

Dans ce cas, il est vrai, la formule de l'action ne contenait aucune trace de la compensation qui s'opérait, mais il n'en est pas moins exact qu'elle existait, et cela nous suffit.

La loi 40, § 3, de *compensationibus*, nous donne une preuve de plus à l'appui de notre théorie ; elle nous

(1) Ihering et Meulenaere, *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 65.

prouve qu'au temps d'Adrien, c'est-à-dire avant Marc-Aurèle, la compensation était admise même dans des actions de droit strict. Julien nous donne l'exemple d'une *condictio ex stipulatu*, en matière de *damnum infectum*. Un propriétaire dont la maison menace ruine est actionné par son voisin qui veut exiger de lui la *cautio damni infecti*; ce voisin est son débiteur. Si la maison vient à s'écrouler, le défendeur pourra opposer la compensation de sa créance avec la dette que lui a causé le préjudice produit par l'écroulement. C'est là encore un texte irréfutable qui prouve à lui seul l'existence de la compensation dans les actions de droit strict, même avant le rescrit de Marc-Aurèle(1).

Tels sont les textes qui prouvent que la compensation existait, même en dehors des cas ordinairement indiqués, c'est-à-dire dans les actions de bonne foi et dans les actions de l'*argentarius* et du *bonorum emptor*. Tel était l'état de la législation au moment de la promulgation du rescrit de Marc-Aurèle, dont nous allons voir la portée.

La grande modification apportée par ce rescrit fut l'introduction, dans la formule, de l'*exceptio doli*. Comme nous l'avons remarqué, la compensation existait déjà dans les actions de bonne foi, où le juge, devant tenir compte de l'équité, ne pouvait forcer un débiteur à payer, en quelque sorte, plus que sa dette; or, c'est là ce qui se serait produit si l'on avait laissé de côté la créance que celui-ci avait contre le poursuivant. Le principe sur lequel reposait alors la compensation était donc l'équité, principe qui était devenu assez fort pour se faire jour, même dans certains cas déjà examinés, où l'action était

(1) Lair, p. 43.

de droit strict. Plus tard, ce principe, devenu général avec le progrès des idées et de la civilisation, regut une existence légale sous la forme de l'*exceptio doli*, applicable dans presque tous les cas. Marc-Aurèle en fit l'instrument de la compensation, mais en réalité, il y eut plutôt un changement dans la forme ou plutôt dans la procédure qu'une véritable innovation dans le droit préexistant.

Désormais, le débiteur poursuivi qui voudra opposer la compensation, n'aura qu'à faire insérer dans la formule l'*exceptio doli*, quand son action sera *stricti juris*. Elle se transformera en une action de bonne foi, au point de vue qui nous occupe. On avait pensé qu'il y avait dol de la part d'un créancier à réclamer la totalité de sa créance lorsque lui-même était débiteur de son débiteur ; c'était, nous l'avons déjà dit, l'équité qui triomphait sous une forme nouvelle.

Toutefois, il faut le constater, un autre progrès se réalisait encore. On n'exige plus, comme autrefois, pour les actions de bonne foi, que les créances soient nées *ex eadem causâ*, cette condition disparaît. On peut opposer deux dettes, même nées *ex diversâ causâ*, la simple introduction de l'*exceptio doli* dans la formule autorise le juge à faire la compensation. Cette innovation, relative d'abord aux actions de droit strict, rejaillit nécessairement sur les actions *bonæ fidei*, dans lesquelles on devait tenir compte de l'équité, comme leur nom l'indique ; principe que l'on formule en disant que l'*exceptio doli* est sous-entendue dans les actions de bonne foi, ce qui sera vrai, au point de vue de la compensation, quand les deux obligations dériveront *ex eadem causâ*.

Comment va s'opérer la compensation, autrement dit,

quel sera l'effet produit par l'*exceptio doli* opposée par le débiteur à son créancier ?

Si les deux créances sont égales, aucune difficulté ne s'élèvera : le demandeur n'obtiendra rien, et son action sera éteinte comme ayant été *deducta in iudicium* ; s'il la renouvelle, il sera écarté sur la simple opposition de l'*exceptio rei iudicatae*.

Que si la créance du défendeur est supérieure à celle du demandeur, non seulement il sera absous, mais il pourra, à son tour, le poursuivre pour ce qui lui reste dû, car son action n'a pas été *deducta in iudicium*.

Mais des contestations s'élèvent entre les interprètes pour le cas où la créance du défendeur est inférieure à celle du demandeur, du moins quand il s'agissait d'actions *stricti juris*, c'est-à-dire de celles où l'*exceptio doli* était insérée dans la formule. On admet, sans objection, que, dans les actions de bonne foi, le juge établissait la différence des deux créances et que le défendeur était condamné à payer le surplus. On reconnaît aussi que tel était le résultat sous la procédure extraordinaire, même quand il s'agissait d'actions *stricti juris*, car les *institutes* sont formelles dans ce sens (1). On voit qu'il en fut de même à l'époque classique, pour les actions de droit strict. Cette opinion se rattache à une controverse plus générale, relative aux exceptions et, d'après laquelle, l'*exceptio doli* introduite dans la formule ne donne au juge que le pouvoir de condamner ou d'absoudre purement et simplement. « Ce résultat rigoureux, dit-on, est une conséquence forcée de la combinaison des diverses parties de la formule ; pour

(1) Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 39.

l'éviter, le demandeur devait admettre la compensation devant le prêteur et ne laisser donner la formule que pour la différence (1) ». Cette opinion ne nous semble pas admissible : les textes et le bon sens sont unanimes à la repousser.

Si nous invoquons les textes, nous trouvons d'abord la loi 40, § 3, *de compensationibus*, où il nous est dit que, d'après Julien, la compensation contenue dans l'action *ex stipulatu*, produit le même effet que celle qui est contenue dans la stipulation elle-même : « *In stipulationibus quoque quæ instar actionum habent (id est prætoriiis), compensatio locum habet et secundum Julianum, tam in ipsa stipulatione quam in ex stipulatu actione poterit objici compensatio.* » Or, quand la compensation résultait de la stipulation elle-même, elle ne pouvait évidemment que faire opérer une diminution de la condamnation. Donc, quand elle résultait de l'action, il en était de même, le texte l'affirme avec clarté. Assurément, ce résultat, qui s'opérait avant le rescrit de Marc-Aurèle, et qui n'était qu'une tendance vers l'équité, n'a pu disparaître ensuite alors que le rescrit voulait étendre encore le domaine de l'*equitas*, à moins d'admettre, ce qui serait absurde, qu'au lieu de progresser, comme on l'avait voulu, on avait reculé.

La loi 46 de *doli mali exceptione* est aussi dans notre sens. On y suppose qu'un *furiosus* a délégué un de ses débiteurs, qui le croyait sain d'esprit, pour payer sa dette. Si, plus tard, on poursuit ce débiteur pour le remboursement du tout, il n'aura qu'à invoquer le paiement, qu'il a déjà fait, par le moyen de l'*exceptio doli*, et ne

(1) Bonjean, *Traité des actions*, 2^e édit., tome II, p. 323.

sera ainsi condamné qu'à la différence de ce qu'il doit et de l'avantage qu'a tiré du paiement le *furiosus*.

De plus, Justinien (1) nous apprend que le rescrit de Marc-Aurèle ne fit qu'étendre aux actions de droit strict (sauf à se servir de l'*exceptio doli*) ce qui existait déjà pour les actions de bonne foi. C'est dire d'une manière bien nette qu'on faisait la différence des deux créances et qu'on ne condamnait le défendeur qu'à l'excédent (2), si ce n'est qu'alors on appliquait la même règle au cas de dettes nées *ex diversâ causâ*.

Toutefois, nos adversaires nous opposent un texte qui, au premier abord, semble devoir ébranler notre système. D'après eux, le demandeur devait lui-même opérer la compensation, soit par voie de *compensatio* comme pour l'*argentarius*, soit par voie de *deductio* comme pour le *bonorum emptor* : c'était le seul moyen d'obtenir la compensation dans le vrai sens du mot, car, en opposant l'*exceptio doli*, il ne pouvait y avoir que condamnation ou absolution pure et simple.

Mais si nous allons au fond des choses, nous en trouverons l'explication tout en laissant debout notre théorie. Ce texte se trouve aux sentences de Paul (3), il est ainsi conçu : « *Compensatio debiti ex pari specie, causa dispari admittitur; velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cætera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo causa cadis.* » Deux parties en cause se doivent réciproquement des choses de même nature, peu importe que ce soit en

(1) Lib. IV, tit. VI, *De act.*, § 30.

(2) G. IV, § 61.

(3) II, 5, § 3.

vertu de contrats différents ou de causes différentes, la compensation est admise. Le demandeur est obligé d'opérer une *compensatio* ou une *deductio*, sous peine de commettre une *plus petitio* et de perdre le tout. On a prétendu que ce texte, gênant à première vue, avait trait à la *compensatio* de l'*argentarius*, chose impossible à admettre, puisqu'il y est aussi question de *deductio*. On a été jusqu'à soutenir qu'il y avait interpolation, de la part des rédacteurs de la loi des Wisigoths, mais c'est résoudre trop facilement la difficulté, si l'on considère que les rédacteurs n'avaient pas le pouvoir de changer les textes qu'ils compilaient et qu'ils ont été fidèles à leur devoir, surtout quand il s'agissait des sentences de Paul. Pour expliquer la question, il suffit de remonter à son origine historique. La rigueur qu'il montre à l'égard du demandeur qui agit sans avoir opéré la *compensatio* ou la *deductio*, s'y explique alors facilement. On sait qu'au début, la *compensatio* était obligatoire pour l'*argentarius*, qui devait opérer lui-même la différence de ce qu'on lui devait et de ce dont il était débiteur; autrement, son *intentio* étant *certa* et contenant plus qu'elle ne devait, il y avait *plus petitio*, et par conséquent perte du tout.

Cette sévérité de la loi n'était pas excessive, car, d'un côté, l'*argentarius* n'était tenu que de compenser les choses de même nature, de l'argent ordinairement, et, de l'autre, comme il était obligé de tenir des livres où l'on trouvait inscrits l'avoir et le dû, l'opération ne présentait aucune difficulté. Par analogie (car, nous l'avons vu déjà, la compensation existait, même avant Marc-Aurèle, dans quelques actions de droit strict), par analogie, on déclara que lorsqu'un particulier poursuivrait un de ses débiteurs, auquel il devait des choses de même nature, *ex pari*

specie, il serait dans la nécessité d'opérer la *compensatio*. C'était équitable, car si l'*argentarius* est obligé de tenir des livres, les particuliers, eux aussi, devaient, et c'était l'usage, avoir des *tabulæ*, un *codex accepti et expensi*. Toutefois, comme la *compensatio* s'opère dans l'*intentio* et peut conduire à une *plus petitio*, on adoucit, pour eux, qui, peut-être, étaient inexpérimentés dans les affaires, la rigueur de la loi et on leur permit de modifier simplement la *condemnatio*, en laissant ainsi au juge le soin de faire la compensation. C'était ainsi une atténuation au système de la *compensatio* de l'*argentarius* au profit des particuliers, qui pouvaient employer, pour des dettes *ex pari specie*, le moyen qu'on avait créé pour le *bonorum emptor*. Dans ce cas, il est vrai, la compensation avait lieu sans le secours de l'*exceptio doli*, mais il est probable qu'après le rescrit de Marc-Aurèle on eut de préférence recours à l'exception, dont nous avons étudié les effets, effets que ne contredit pas la sentence en question, puisqu'on peut l'expliquer par son origine ancienne, sans qu'il y ait contradiction avec notre opinion. Du reste, si l'on veut s'obstiner à y voir une objection, on en vient vite à bout en considérant les conséquences auxquelles elle conduit. Il faudrait dire, en effet, que la compensation n'était possible qu'au cas où les dettes avaient des objets *ex pari specie*, autrement le demandeur n'étant jamais sûr de lui pour savoir exactement ce qu'il devait, courait le risque d'une *plus petitio*. Or cette condition rendrait le rescrit de Marc-Aurèle inapplicable, ce qui est inadmissible.

Il résulte donc des textes que le demandeur n'était pas obligé de faire lui-même la compensation de ce qu'il devait avec ce qui lui était dû, et que l'*exceptio doli*

entraînait non pas l'absolution complète du défendeur, mais une diminution de la condamnation égale à la différence des deux dettes.

Cette manière de voir est confirmée aussi par le simple bon sens.

L'*exceptio doli* n'était rien autre chose que l'instrument de l'équité ; or, comment admettre, alors que le défendeur garde ce qu'il ne doit pas avoir, quand le demandeur perdrait tout ce qui lui est dû ; ce serait déplacer tout simplement le dol, et prendre l'instrument de l'équité comme un instrument de vol.

Nous venons de voir quels étaient les effets de la compensation, comment elle opérait. Pour être complet, il nous faut, avant de passer à la législation de Justinien, étudier les conditions de la compensation et qui pouvait l'opposer.

La compensation légale, comme elle existe dans notre Code civil, n'existait pas à Rome ; il n'y eut que la compensation judiciaire, qui avait lieu tantôt *in jure* comme pour l'*argentarius*, tantôt *in judicio* et avec insertion de l'*exceptio doli* dans la formule, c'était là la règle générale.

La compensation peut être opposée par tout débiteur et à toutes actions, aussi bien dans les stipulations prétoriennes, parce qu'elles sont *instar actionis* (1), que dans les actions nées d'un délit. Il n'y a qu'un cas où la compensation ne peut avoir lieu, c'est au cas de l'*actio depositi*.

Pouvait-on opposer en compensation une obligation naturelle ?

Si l'on s'en rapporte à Ulpien, l'affirmative n'est pas douteuse : « *Etiam quod natura debetur, venit in com-*

(1) D. L. 10, § 3, *De comp.*

pensationem (1). » Mais comme nous allons le voir, ce texte est trop général. En effet, quel est le principe sur lequel repose la compensation, si ce n'est l'équité ? Aussi faut-il décider que l'obligation naturelle pourra être opposée en compensation quand l'équité le voudra, autrement elle ne le pourra pas. « L'équité, dit M. Desjardins (2), ne doit avoir à souffrir ni de ce que la compensation est admise, ni de ce qu'elle est rejetée. »

Aussi faut-il passer en revue quelques cas d'obligations naturelles.

C'est ainsi que l'obligation née d'un pacte pourra être opposée par voie d'exception et intervenir en compensation, bien que les pactes soient dépourvus d'action. Nous en trouvons la preuve dans la loi 7, § 5, *de pactis* (3) : « *Sed ex parte rei locum habebit pactum : quia solent et ea pacta, quæ postea interponuntur, parere exceptiones.* » Le texte commence par l'hypothèse suivante : un mari, le divorce une fois prononcé, promet à sa femme de lui rendre sa dot, sans attendre l'expiration des délais que lui accorde la loi : c'est un pacte *ex intervallo*. Si le mari devient ensuite créancier de sa femme et la poursuit durant ces délais, celle-ci pourra lui opposer la compensation, car ce pacte, qu'elle n'aurait pu faire valoir par voie d'action, elle s'en servira par voie d'exception. Cette solution relative aux pactes se justifie facilement, car « le motif qui milite en faveur de l'observation des pactes, l'équité, est aussi celui qui a fait introduire la compensation (4). »

(1) D. L. XVI, 2, *De comp.*, loi 6.

(2) Desjardins, p. 402.

(3) D. L. II, 14.

(4) Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 90.

On sait que l'esclave ne pouvait s'obliger que *naturaliter* : il est évident qu'après son affranchissement, on pourra lui opposer la compensation.

De même aussi, il est certain qu'au cas de confusion ou de *capitis deminutio*, la compensation pourra être opposée, bien que l'obligation soit devenue naturelle, car, de ce que la rigueur du droit civil l'a dépouillée de son action, il ne s'en suit pas qu'on ne puisse s'en servir comme exception.

La loi 40 *de condictione indebiti* nous indique indirectement un cas où une obligation naturelle pourra être opposée en compensation. Elle est ainsi conçue : « Celui qui a une exception perpétuelle peut répéter, quand il a payé par erreur. Cette règle n'est cependant pas absolue. En effet, si l'exception a pour but de protéger le défendeur, la répétition est possible, c'est ce qui arrive à l'égard du sénatus-consulte relatif aux intercessions. Mais quand l'exception est donnée en haine du créancier, le paiement fait inconsidérément ne peut être répété. Par exemple, un fils de famille a emprunté de l'argent contrairement au sénatus-consulte Macédonien, et il a payé, étant devenu père de famille ; il ne répétera point (1). »

Pour ce qui concerne le premier cas prévu par le texte et relatif au sénatus-consulte Velleien, il est évident que la compensation ne sera pas possible. Mais les auteurs ne sont pas d'accord en ce qui concerne l'hypothèse du fils de famille. C'est ainsi que M. Machelard ne veut pas admettre la compensation : « Lui accorder (au prêteur) une semblable ressource, ce serait immédiatement méconnaître l'esprit du sénatus-consulte qui est conçu tout

(1) D. L. XII, 6, *De condict. indeb.*, 40 pr.

(2) Machelard, déjà cité, p. 31.

entier en haine du créancier, qui a pour but de le désarmer complètement, de manière à ne lui fournir aucun moyen d'exiger ce qu'il a eu le tort de donner. La seule chose qui lui soit permise, c'est de maintenir le *statu quo*, de retenir quand il a été payé, et cela non par une idée de protection pour lui, mais parce que le débiteur, de son côté, n'inspire pas d'intérêt et n'est pas digne, lui aussi, qu'on lui accorde la voie d'une action. » Nous nous rallions à cette théorie, car autre est le cas de pouvoir repousser une action en répétition, autre celui de pouvoir invoquer la compensation, car l'invoquer, c'est se faire payer, c'est exiger le paiement que défend précisément le sénatus-consulte Macédonien ; c'est donner le moyen de faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement.

La question se présente de savoir s'il y a une obligation naturelle quand un défendeur a été absous injustement. M. de Savigny répond en ces termes : « Il faut admettre qu'on peut opposer en compensation une créance, même après une injuste absolution, car toute obligation dépourvue d'action suffit à ce résultat. Si cependant le défendeur veut faire valoir la compensation au moyen d'une *doli exceptio*, elle sera paralysée par une *replicatio rei judicatæ* (1). » Ainsi M. de Savigny admet en compensation l'obligation du défendeur injustement absous, pourvu que ce ne soit pas par le moyen de l'exception de dol. Pour nous, nous déciderons qu'il n'y a pas à distinguer, la compensation n'est pas admissible, la loi 14 *de comp.* est formelle (2).

(1) M. de Savigny, *Le droit des obligations*, t. 4, p. 107. — Traduction de MM. Gérardin et Jozon.

(2) D. L. XVI, 2, *De comp.*, loi 14.

C'est aussi pour ce motif que nous n'admettrons pas en compensation une créance prescrite.

Entre quelles personnes la compensation peut-elle être opposée ?

Pour qu'il y ait compensation, il faut que les deux créances existent entre les deux parties en cause : ainsi un tuteur qui agit du chef de son pupille ne pourra opposer au demandeur une créance qui lui est personnelle à lui tuteur. Toutefois il existe des exceptions à cette règle : le *correus socius* peut invoquer la compensation du chef de son *correus* comme aussi le fidéjusseur du chef du débiteur principal, car l'exception de dol est *rei coherens*.

La liquidité de la créance opposée était-elle une condition essentielle de la compensation ?

Une simple observation de bon sens suffit pour prouver la négative. A l'époque du système formulaire, chaque fois qu'il ne s'agit pas de créances ayant pour objet des sommes d'argent, la liquidité faisait défaut. En effet les condamnations étant toujours pécuniaires, le juge était forcé d'évaluer la valeur des objets. Exiger la liquidité des créances, c'est restreindre en quelque sorte le domaine de la compensation aux dettes de sommes d'argent, ce qui est inadmissible. Il est vrai que, quand des difficultés trop considérables s'élevaient de manière à faire traîner le procès, le juge était libre de passer outre ; car souvent la longueur des débats eût préjudicié au demandeur : mais c'était là une règle de fait plutôt que de droit, car aucun texte n'exige la liquidité.

Néanmoins, on a soutenu que cette condition était nécessaire et on a cherché à le prouver en s'appuyant sur la

loi du 22 *de comp.* (1), et sur la loi 3 de *Tutelæ et rationibus distrahendis* (2). La première est ainsi conçue : « *Si debeas decem (millia), aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset.* » Si tu es débiteur d'une obligation alternative ayant pour objet dix mille, ou un esclave, la compensation de cette dette est possible si l'adversaire fait ouvertement son choix. A notre avis, ce texte ne prouve rien au point de vue de la liquidité, il décide seulement qu'au cas d'obligation alternative, la compensation ne sera possible qu'après que le créancier aura choisi : il contient une vérité évidente, mais qui n'a pas trait à la liquidité. En effet, supposons que l'alternative ait disparu parce que le créancier s'est déclaré pour telle ou telle chose, il peut se faire que l'obligation devenue simple ne soit pas liquide ; notre solution reste debout.

Quand à la loi 22 *de comp.*, elle est encore plus étrangère à notre question que la précédente, car elle n'est pas même relative à la compensation. « *Si tutelæ aut negotiorum gestorum agatur, incerto hoc, quantum ab adversariis debetur tutori procuratorine : arbitrato judicis cavendum est, quod eo nomine eis absit.* » Si, dans l'action intentée par un tuteur ou un gérant d'affaires, la quantité due à ceux-ci par les défendeurs (pupille ou *dominus*) est incertaine, il faudra recourir à l'arbitrage du juge. L'hypothèse prévue est la suivante : quand un tuteur a contre son pupille, ou quand un gérant d'affaires a contre le *dominus* une créance, il peut se payer lui-même comme il paierait un autre

(1) D. L. XVI, 2.

(2) D. L. XXVII, 3.

créancier (1). Mais si leur créance n'est pas déterminée, ils auront recours à l'arbitrage du juge, et, une fois qu'elle sera fixée, ils se paieront. Il n'est donc pas question de compensation dans ce cas. En résumé, nulle part les textes ne mentionnent la liquidité comme condition essentielle et nécessaire ; on ne peut suppléer à leur silence.

Les modalités qui affectent une créance, comme le terme ou la condition, sont-elles un obstacle à la compensation ?

En ce qui concerne le terme, il faut distinguer entre le terme conventionnel et le terme de grâce.

Le terme conventionnel empêche la compensation (2). En effet, permettre au défendeur d'opposer au poursuivant une créance à terme, ce serait dépouiller ce dernier du bénéfice même du terme, ce serait permettre à un créancier de réclamer son paiement avant l'exigibilité, ce qui serait injuste.

Le terme de grâce, au contraire, n'a jamais été considéré par les Romains comme un empêchement à la compensation (3). Cette différence s'explique par la différence même de la nature de ces deux termes. Tant qu'une créance existe affectée d'un terme conventionnel, elle n'est pas exigible, on ne peut en poursuivre le paiement. Le *dies venit* est passé, c'est vrai, mais le *dies cedit* fait défaut, il faut l'attendre. Il n'en est plus de même du terme de grâce, car la créance existe et est exigible ; le *dies cedit* est passé ; si le paiement est reculé, c'est par simple faveur, par simple tolérance, parce qu'au moment de l'exigibilité, le débiteur malheureux ne pou-

(1) D. L. XXVI, 7, loi 9, § 5.

(2) D. L. XVI, 2, *De comp.*, loi 7.

(3) D. L. XVI, *De comp.*, 16, § 1.

vait pas payer (1) sans qu'il y ait eu faute de sa part ; on lui accordait alors un terme de grâce. Mais pour la compensation, l'obstacle était levé, car le paiement se faisait sans bourse délier, le motif n'existait plus. Telle est la raison de cette différence que les Romains avaient faite avec tant de justesse entre le terme conventionnel et le terme de grâce au point de vue de la compensation.

Quant à la condition, elle empêche évidemment la compensation (2) ; car la créance, affectée d'une telle modalité, n'existe pas ; elle n'est qu'une *spes debitum iri*, tant que le fait futur et incertain ne s'est pas produit ; il s'agit évidemment de la condition suspensive ; la condition résolutoire n'existant à Rome que dans quelques cas.

Faut-il, pour que la compensation puisse être opposée, que les créances du demandeur et du défendeur aient pour objet des choses fongibles entre elles ? Autrement dit, peut-on opposer une dette d'argent ou de quantité à une dette de corps certain, ou opposer l'une à l'autre deux dettes de corps certain ?

La question, à première vue, peut offrir quelques doutes, car si l'on oppose une dette d'argent à une dette de corps certain, on peut craindre qu'il y ait vente ; si l'on oppose deux dettes de corps certain, ou une dette de quantité à une dette de corps certain, on peut craindre qu'il y ait vente ou échange ; or, pour qu'il y ait vente ou échange, il faut le consentement réciproque des deux parties, et, dans le cas qui nous occupe, il pourra se faire que les choses se passent ainsi, malgré le consentement d'une des parties, le demandeur. Toutefois si l'on va au

(1) D. L. XLII, 4, *De re judicata*, loi 31.

(2) D. L. XII, 6, *De condictione indebiti*, loi 48.

fond de la question, les doutes disparaissent. Il suffit de se rappeler qu'à l'époque classique, c'est-à-dire sous le système formulaire, la condamnation est toujours pécuniaire, les Romains s'occupent plutôt de la valeur de la chose que de l'attachement qu'on peut avoir pour elle : la sentence du juge aboutit toujours à une somme d'argent et la compensation est évidemment possible. Quant au texte de Paul (1), qu'on a voulu opposer à notre théorie, nous avons vu précédemment quelles étaient sa signification et sa portée, il ne nous contredit en rien, puisqu'il prévoit un cas spécial déjà étudié (2).

(1) Paul, *Sentatiae*, II, 5, § 3.

(2) Voir *supra*, p. 25.

CHAPITRE III

PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE ET CONSTITUTION DE JUSTINIEN.

La transformation du système formulaire en procédure extraordinaire produisit de profondes modifications dans la compensation, modifications qui devaient encore s'augmenter avec la constitution de Justinien.

La *cognitio extraordinaria*, en supprimant la formule et l'*ordo judiciorum*, ramenait les procès à une seule phase, le même juge statuait. Il statuait désormais d'après la bonne foi et l'équité, sans être astreint à rester dans les limites, souvent trop étroites, de la formule, il pouvait prendre en considération tous les éléments du procès. Le résultat, au point de vue qui nous occupe, fut que le juge put tenir compte de la compensation dans tous les cas, comme autrefois il le faisait dans les *actiones bonæ fidei*.

Une autre modification résulta aussi de la manière dont était rendue la sentence.

La condamnation n'est plus forcément pécuniaire, elle porte désormais sur l'objet même du procès, sur la chose litigieuse. D'où cette conséquence inévitable que les créances opposées doivent porter sur des prestations de même nature, pour que la compensation soit possible.

En résumé, d'un côté, le domaine de la compensation était élargi, en ce sens qu'elle avait lieu dans tous les cas; d'un autre côté, il était restreint, car on ne pouvait plus compenser que les créances ayant pour objet des choses de même nature.

Tel était l'état de la législation, quand survint la fameuse constitution de l'empereur Justinien, dont le principal passage est ainsi conçu : « Notre constitution, admettant plus largement les compensations, a décidé qu'elles réduiront *ipso jure* la portée des actions tant réelles que personnelles ou autres, excepté la seule action de dépôt (1). »

Deux difficultés se présentent à l'analyse de ce texte : 1^o Que signifient les mots *ipso jure*? 2^o Y a-t-il innovation réellement et en quoi consiste-t-elle?

1^o Que signifient les mots *ipso jure*?

La cause du désaccord qui s'éleva entre les interprètes au sujet de ces termes *ipso jure* est la diversité de leur signification.

Tantôt ils veulent dire : « Sans le fait de l'homme, par la seule force de la loi ». C'est ainsi que l'héritier nécessaire est dit acquérir la succession *ipso jure*. Appliquée à notre question, cette explication aboutit au système de compensation légale. Dès que les deux créances existent, elles se détruisent jusqu'à concurrence de la plus faible, à l'insu et même contre le gré des parties. Il n'y a plus qu'une créance, c'est la plus forte, diminuée du montant de la plus faible. Cette manière de voir fut celle de la plupart des anciens interprètes, elle fut suivie par les rédacteurs du Code civil qui la consacrèrent dans l'ar-

(1) Inst. libr. IV. — Tit. VI, *De actionibus*, § 30.

tielle 1289. Nous ne partageons pas cette opinion. Comme le dit fort bien M. Lair, pour reconnaître si un principe est vrai, il suffit de l'étudier dans ses conséquences. Or, si l'on admet que les deux dettes sont éteintes jusqu'à concurrence de la plus faible, par le seul effet de la loi, il faut décider qu'au cas de paiement par erreur, la *condictio indebiti* seule est accordée, l'ancienne action née de la créance n'existe plus, car une créance éteinte ne peut continuer à produire une action. Mais ce résultat est nié par les textes.

La loi 13, Code *de compensat* (1), déclare que l'ancienne action, celle attachée à la créance, continue d'exister et peut être intentée lors même qu'on aurait payé en connaissance de cause. Quant au texte d'Ulpien (2), qui accorde la *condictio indebiti*, il s'explique dans l'espèce par le caractère péremptoire et perpétuel de l'exception fondée sur la compensation; il n'est donc pas un argument pour nos contradicteurs. De plus, il peut se faire que les parties n'aient pas invoqué la compensation devant le juge, ou que celui-ci ne l'ait pas accordée pour défaut de liquidité; dans ces hypothèses, la créance non compensée peut toujours être réclamée dans la suite, par voie d'action; c'est donc que les deux créances n'étaient pas éteintes par le seul fait de leur coexistence, autrement comment expliquer que l'action subsiste?

Tantôt, les mots *ipso jure* sont opposés à l'expression *exceptionis ope*. Ils signifient alors que le moyen de défense doit être pris en considération par le juge, lors même qu'on ne l'aurait pas invoqué sous forme d'exception. A notre avis, c'est là le sens qu'ils ont dans le texte,

(1) C. L. IV, 31, *De comp.*

(2) D. L. XVI, 2, *De comp.*, 10, § 1.

et que Justinien a voulu leur donner. En effet, si l'on se reporte au § 30 des *institutes*, indiqué plus haut, on voit qu'ils forment antithèse aux termes « *opposita doli mali exceptione* » dont se sert Justinien; en rappelant le reserit de Marc-Aurèle.

Dans les actions de droit strict, dit le § 30, la compensation pouvait être invoquée, en vertu d'un reserit de Marc-Aurèle; sous la forme de l'*exceptio doli mali*. Puis, montrant la différence qu'il y aurait désormais avec l'ancienne législation, Justinien décide que la compensation aura lieu *ipso jure*. Le doute n'est pas possible; l'antithèse est parfaite, *ipso jure* est opposé à *opposita exceptione*. La compensation n'est pas du tout devenue légale, dans le sens de l'opinion que nous venons de réfuter, elle reste judiciaire, mais aura lieu *sine exceptionis ope*. On ne peut avoir aucune hésitation à se rallier à cette théorie, malgré l'assertion de Théophile qui s'était décidé pour la compensation légale *simul ac aliquid contra debetur* (1), dit-il, les deux dettes sont éteintes dès qu'elles coexistent et par le seul fait de leur coexistence. Nous avons vu que les textes sont contraires à sa théorie.

D'ailleurs, si Justinien avait voulu introduire la compensation légale, il ne se serait pas exprimé d'une manière aussi laconique; il aurait certainement développé son idée et en aurait montré les conséquences. Aussi admettrons-nous que la compensation, à Rome, est restée judiciaire, même après la constitution de Justinien. C'était la théorie de Doneau (2), qui s'écartait ainsi des anciens interprètes. D'après lui, la compensation doit toujours être opposée

(1) Cité par M. Lair. *De la comp.*, p. 83.

(2) Doneau, *De jure civili*, lib. XVI, cap. XV, n° 43.

devant le juge, seulement il y aura un effet rétroactif : les créances seront censées éteintes du jour de leur existence, ce qui est important au point de vue des intérêts, au point de vue de leur cession, au point de vue de la prescription.

Le juge est forcé de compenser dès qu'on le lui demande, sauf toujours la question de liquidité, c'est pourquoi l'on dit que la compensation a lieu *ipso jure*.

Toutefois, en ce qui concerne la rétroactivité, nous aurons soin de faire remarquer que la constitution de Justinien n'a pas complètement innové. Auparavant, déjà, une constitution d'Alexandre Sévère (1) nous apprend qu'elle était admise quand il s'agissait de dettes d'argent : « *Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur, utique quo ad concurrentes quantitates.* » C'était la législation de l'époque classique, quand les dettes avaient des objets *ex pari specie*.

En résumé, dès que les deux dettes coexistent et sont liquides, c'est un droit acquis pour les parties de pouvoir opposer la compensation sans que le juge puisse la refuser, il y aura effet rétroactif ; mais il faut opposer la compensation (2), elle est judiciaire et non légale.

2° Justinien a-t-il réellement innové, et en quoi consiste son innovation ?

Certains interprètes ont été jusqu'à nier toute innovation de la part de Justinien ; le principal est Cujas (3).

(1) L. 4, C., *De comp.*

(2) Du reste Justinien suppose partout qu'on a opposé la compensation. — Instit., *De act.*, § 39.

(3) Cujas, *Observ.* VIII, C. XVI.

D'autres, parmi lesquels MM. Ortolan (1) et Accarias, sans se refuser à voir des résultats nouveaux, les réduisent à une si minime expression, qu'ils ne sont pas loin de partager l'opinion de l'ancien jurisconsulte. Suivons-les dans leurs développements.

Les textes s'expriment ainsi : « Notre constitution, admettant plus largement les compensations, a décidé qu'elles réduiront *ipso jure* la portée des actions tant réelles que personnelles, etc.

« L'intention d'innover est très claire, mais la pensée de l'empereur ne l'est pas, déclare M. Accarias (2). La difficulté tient à ce que, dans la procédure extraordinaire, la condamnation porte, quand cela est possible, sur l'objet même du droit. »

L'éminent auteur donne ensuite un exemple. Il suppose que le propriétaire ou le créancier d'une maison poursuit le débiteur à qui lui-même il doit une somme d'argent ou une autre chose.

Alors, dit-il, comment, de cette chose, le juge retrancherait-il l'objet ou la somme que je dois ? La compensation, au sens propre du mot, n'est pas possible. On ne peut compenser que des choses fongibles entre elles.

En vérité, c'est résoudre, à notre avis, la question par la question. Car précisément il s'agit de savoir si la constitution exige, comme condition de compensation, la fongibilité des choses à compenser : là est toute la difficulté. Si l'opinion que nous combattons est vraie, il faudra décider, avec Cujas, que Justinien n'a pas innové.

Or, à la simple lecture du texte, on est convaincu du contraire, et la conviction ne fait que s'affermir si on

(1) Ortolan, *Explication des institutes*, n° 2199.

(2) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 4254.

raisonne quelque peu. A l'époque où parut la constitution de l'empereur, le système formulaire avait fait place au système de la *cognitio extraordinaria*. Il est évident qu'alors les condamnations n'étaient plus toujours pécuniaires comme autrefois, mais qu'elles portaient autant que possible sur l'objet même du droit. Comment expliquer, alors, dans le silence des textes, que la fongibilité des objets ait été une condition essentielle de la compensation ? Justinien déclare formellement que les compensations, et il ajoute « admises plus largement », diminueront *ipso jure* la portée des actions tant réelles que personnelles.

L'intention d'innover est très claire, dirons-nous, d'accord avec M. Accarias, mais nous ajouterons : l'idée ne l'est pas moins. Alors qu'arrive-t-il ? La conséquence du principe est bien simple. Quand une personne agira, par exemple, en revendication en se prétendant propriétaire d'une chose et que lui-même sera débiteur du défendeur, le juge fera l'estimation des objets en cause, les adjugera à chacune des parties et condamnera l'autre à payer en argent le surplus, s'il y a lieu. Il pourra condamner aussi bien le demandeur que le défendeur, car, dans le droit de Justinien, le demandeur lui-même peut être condamné. Ainsi Primus revendique une maison contre Secundus à qui il doit 100 ; la maison vaut 200. Secundus conservera la maison mais devra payer 100 à Primus, il y aura compensation. Il y a, il est vrai, une expropriation forcée, mais ce résultat n'avait-il pas lieu déjà à l'époque classique, quand les condamnations étaient pécuniaires ? Quoiqu'il en soit, c'est le sens naturel de la constitution. Nos adversaires, qui ne l'admettent pas, et qui cependant ne veulent pas nier toute innovation, sont obligés de chercher une interprétation à eux. C'est ainsi que M. Accarias en arrive à

voir un retour à l'ancienne pratique des *mutuæ petitiones* « avec cette différence que le défendeur fait valoir son droit par voie de défense à l'action principale, au lieu de former une demande parallèle à celle qui est dirigée contre lui. » Nous comprenons que l'idée de Justinien soit considérée comme obscure quand on veut arriver à donner un tel sens à des textes pourtant si clairs.

De plus les exceptions, même apportées à la règle, luttent en notre faveur. Elles sont relatives au dépositaire et au possesseur de mauvaise foi, qui ne peuvent opposer la compensation. Avec notre système, ces exceptions se comprennent tout naturellement, surtout au point de vue du possesseur de mauvaise foi : Justinien n'a pas voulu qu'il conserve la chose qu'il détenait, c'est une sorte de peine qu'on lui inflige : c'est donc que, dans les autres cas, la compensation aboutissait à une sorte d'expropriation.

Justinien exige, comme condition à la compensation, que les créances soient liquides. Mais, comme nous l'avons déjà dit précédemment, ce n'est pas une condition essentielle, c'est plutôt un conseil donné au juge pour prévenir les manœuvres du défendeur qui voudrait faire traîner le procès en longueur dans une intention souvent frauduleuse.

DROIT FRANÇAIS

—

THÉORIE JURIDIQUE ET COMPARÉE

DE LA

COMPENSATION

D'APRÈS LE CODE CIVIL FRANÇAIS ET LE PROJET DE CODE
CIVIL ALLEMAND

INTRODUCTION

L'ancienne exception de compensation du droit romain, dont le domaine avait été augmenté par la constitution de Justinien, passa dans notre ancien droit, où elle subit une série de modifications. Les limites données à notre travail ne nous permettent pas de la suivre dans les diverses phases de son histoire ; nous n'en verrons que ce qui sera nécessaire à notre étude. Nous avons voulu surtout, étant connue la source commune à laquelle ont puisé deux législations, montrer à quelles conséquences différentes elles sont arrivées, à quelles notions tout à fait dissemblables elles ont abouti. Nous essaierons ensuite, selon nos faibles moyens, de comparer la loi française et de juger laquelle est la meilleure :

Notre travail se divisera de la manière suivante :

1^{ent} De la nature de la compensation : 1^o dans le code civil français. 2^o Dans le code civil allemand ;

2^{ent} Conditions de la compensation : 1^o Dans le code civil français. 2^o Dans le code civil allemand ;

3^{ent} Qui peut opposer la compensation : même subdivision.

4^{ent} Effets de la compensation : même subdivision.

CHAPITRE PREMIER

NATURE DE LA COMPENSATION.

SECTION I. — Dans le Code civil français.

Dans notre législation, la compensation est devenue un mode d'extinction des obligations, un paiement fictif, s'opérant par la seule volonté de la loi. Selon nous, on pourrait la définir: l'extinction, voulue par la loi, de deux dettes liquides et exigibles, par le seul fait de leur coexistence, extinction s'opérant à l'insu et même contre le gré des débiteurs.

La compensation est donc bien différente chez nous, de ce qu'elle était à Rome; de judiciaire elle est devenue légale; moyen de procédure, même sous Justinien, qui en traite au titre *de Actionibus*, elle s'est transformée en un mode d'extinction des obligations (art. 1234 du Code civil).

D'où vient cette différence? Pour l'expliquer, il faut se reporter à l'ancien droit. La nouvelle théorie de la compensation repose sur une erreur commise par nos anciens jurisconsultes en interprétant la constitution de Justinien. La majorité d'entre eux ont traduit les mots

ipso jure dans le sens de « par le seul fait de la loi ». Il est inutile pour nous de revenir sur une réfutation déjà faite, nous n'avons qu'à constater un résultat acquis.

Toutefois, ce ne fut pas sans lutte que cette interprétation triompha, elle fut combattue par quelques auteurs et repoussée dans une assez grande partie de l'ancienne France.

Dans les pays de droit écrit, on était presque unanime à déclarer que la compensation est judiciaire : c'était le sens de la jurisprudence. Brillon cite un passage d'un arrêt de la Cour de Toulouse qui s'exprime ainsi : « On peut demander la compensation que le juge déclare avoir été faite, etc. » Ce n'était pas, il est vrai, l'opinion de Bretonnier, qui voulait la compensation légale, opinion soutenue par Cujas. Celui-ci reconnaît, comme la jurisprudence, que la compensation doit être opposée, mais que « cela ne détruit pas le principe que *ipso jure fieri compensationem*, car opposer en ce sens la compensation, c'est seulement instruire le juge qu'elle s'est faite, et le juge, en l'admettant, déclare seulement que la compensation a eu lieu. »

En résumé, malgré ces divergences, le droit écrit s'empara de la compensation romaine telle que nous l'avons vue sous Justinien ; la compensation, pour avoir lieu, doit être opposée devant le juge, celui-ci ne peut la refuser et méconnaître son effet rétroactif.

Dans le droit coutumier, certains pays admettaient la compensation, d'autres la repoussaient. Loysel s'explique trop exclusivement quand il déclare que « une dette n'empêche pas l'autre », en voulant dire que la compensation n'existe pas. Son affirmation est contredite par les

textes et par les auteurs. D'après la coutume de Paris de 1580, « compensation a lieu d'une dette claire et liquide à une autre pareillement claire et liquide, et non autrement. » Mais, dans la plupart des coutumes où elle était admise, la compensation n'était pas légale, du moins, à l'origine, car il fallait des lettres royaux pour pouvoir l'opposer en justice. Cujas le déclare formellement : « *Moribus Galliæ non fit ipso jure, sed rescripto principis*, par lettres royaux. » Charondas s'exprime ainsi : « La compensation est une espèce d'exception, laquelle fait cesser ou diminuer la demande de ce qui est dû. » Et un autre auteur : « En France, la compensation n'a pas lieu si elle n'est demandée. »

Mais, comme dans le droit écrit, la théorie de la compensation judiciaire eut des adversaires déclarés dans le droit coutumier. Domat déclare que la compensation est légale, qu'elle doit s'opérer à l'insu et contre le gré des parties, par le seul fait de la coexistence des dettes. Merlin est de cet avis, mais soutient que la compensation resta judiciaire dans les pays où l'on exigeait des lettres royaux et même après la suppression de ces lettres, et qu'elle y opéra toujours *via exceptionis*. « Ces sortes de lettres ne sont plus en usage aujourd'hui, lorsqu'il s'agit de demander la compensation, soit au parlement, soit au Châtelet ou aux requêtes du palais. L'article 105 de la coutume de Paris, qui déclare que la compensation de liquide à liquide se fait de plein droit, est devenu une disposition de droit commun généralement suivie partout en matière de compensation. » Merlin se demande ensuite si, malgré ce texte, la compensation n'était pas restée judiciaire dans les pays où des lettres royaux étaient exigés. Il se décide pour l'affirmative : « Les coutumes dit-il, qui assujettis-

saient le débiteur à se munir de lettres de chancellerie, pour pouvoir opposer la compensation à son créancier, avaient évidemment leur motif dans un principe diamétralement contraire aux lois romaines ; savoir, que la compensation ne s'opérait pas de plein droit. Or, qu'a fait à cet égard l'article 21 de la loi du 7 septembre 1790 ? Sans contredit, il a dispensé le débiteur, qui voudrait à l'avenir compenser sa dette par une créance qu'il aurait sur son créancier, de la nécessité d'obtenir des lettres royaux. Mais, a-t-il fait cesser, dans les coutumes dont il s'agit, la règle qui n'admettait la compensation que *viâ exceptionis*, jamais de plein droit ? Non, cette règle a donc subsisté, dans ces coutumes, jusqu'à la publication du Code Napoléon (1). » Merlin fut contredit par Ferrière. D'après ce dernier, la compensation est légale et l'a toujours été, même au temps des lettres royaux, car on ne les exigeait, dit-il, que pour « l'utilité du sceau. » Pothier, lui aussi, partagea cette manière de voir et s'en rapporte à l'opinion de Cujas, qui triompha ainsi définitivement.

C'est cette théorie qui passa dans notre code civil, dont l'article 1290 est ainsi rédigé : « La compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs, les deux dettes s'éteignent à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. »

L'exposé des motifs justifie ainsi cette déposition : « La libération des personnes qui se trouvent débitrices l'une envers l'autre est de plein droit. Elle s'opère par la seule force de la loi sans qu'il soit besoin de jugement, et même à l'insu des débiteurs. Ils n'ont d'autre intérêt que celui

(1) Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, au mot compensation, p. 632.

d'être respectivement quittes et d'être dispensés d'un circuit de procédure long, inutile et dispendieux. C'est pour atteindre à ce but qu'il est établi que les deux dettes s'éteignent réciproquement à l'instant même ou elles existent à la fois. »

Souvent on dit que la compensation est un paiement fictif, nous même nous avons employé cette expression que nous empruntons au langage courant des auteurs. Le terme est-il exact?

Malgré la grande analogie qu'il y a entre le paiement et la compensation, nous ne le croyons pas, car des différences essentielles séparent ces deux institutions. La compensation est un mode d'extinction des obligations qui a ses règles spéciales comme tous les autres modes, et c'est exagérer que dire qu'elle est un paiement fictif. Sans doute, ses effets seront souvent les mêmes que ceux du paiement, mais souvent aussi ils différeront, et de beaucoup.

C'est ainsi qu'un débiteur ne peut forcer un créancier à recevoir un paiement partiel. Quand la dette est devenue exigible, elle l'est pour le tout, elle est totalement exigible et doit être totalement acquittée. La compensation, au contraire, pourra n'aboutir qu'à une exécution partielle de l'obligation. Supposons que Primus doive 100 à Secundus à qui il doit lui-même par la suite 50 : en admettant que toutes les conditions soient remplies pour compenser, la créance de Primus sera diminuée de 50 ; il y aura donc seulement exécution partielle de l'obligation de Secundus, il y aura paiement partiel.

Si nous nous plaçons au point de vue des conditions que doit réunir celui qui paye, relativement à la capacité, les différences ne sont pas moindres. C'est ainsi qu'un mineur ou un interdit ne peut payer lui-même, puisqu'il est inca-

pable d'être partie à un acte civil, du moins pécuniaire ; c'est le tuteur ou le curateur qui doit effectuer le paiement. Il en sera autrement relativement à la compensation, qui s'opère par le seul fait de la loi, à l'insu même des parties. Par rapport aux personnes qui peuvent opposer le paiement ou la compensation, nous trouvons encore une différence. Le débiteur solidaire peut opposer le paiement, fait par un de ses codébiteurs, au créancier qui le poursuit. Nous verrons qu'il ne peut opposer la compensation qui s'est produite entre le créancier et un des codébiteurs, tant que celui-ci ne s'en est pas prévalu.

Enfin, en nous plaçant au point de vue des modalités qui peuvent affecter une obligation, nous trouvons encore une différence entre le paiement et la compensation, relativement au terme de grâce. Ce dernier empêche le paiement, il est accordé précisément dans ce but, au débiteur malheureux, qui ne peut exécuter son obligation, sans qu'il y ait faute de sa part. Le terme de grâce n'entrave en rien l'accomplissement de la compensation, car le motif pour lequel il a été institué fait complètement défaut ici, la compensation se faisant sans bourse délier.

La compensation n'étant pas un paiement, dans le sens ordinaire du mot, les conditions relatives à la délivrance de la chose due, au lieu où doit s'accomplir cette délivrance, font défaut, dès que les deux dettes remplissent les conditions spéciales à la compensation, elles s'éteignent réciproquement par la seule volonté de la loi, à l'insu et contre le gré des parties : c'est une libération involontaire. Étant donnée cette notion, peut-on concevoir que l'on puisse renoncer à la compensation ?

En se plaçant au point de vue du raisonnement seul, abstraction faite des textes et des nécessités de la pra-

tique, il faut admettre la négative. Comment, en effet, renoncer à un fait accompli par la loi, malgré la volonté des parties, à leur insu quelquefois, car nous supposons ici la compensation accomplie. Les deux obligations sont éteintes, les parties ne peuvent les faire revivre, elles ne pourraient qu'en créer de nouvelles ; les sûretés, qui garantissaient les deux premières créances, ont disparu avec elles. S'il s'agit de sûretés personnelles, comme d'un cautionnement, il faudra que la caution consente de nouveau, et son engagement ne sera valable que du jour où elle aura consenti de nouveau à s'obliger. S'il s'agit de sûretés réelles, de gage ou d'hypothèque, elles n'existeront elles aussi, que du jour où les nouvelles formalités auront été remplies. En un mot, les dettes sont éteintes, on ne peut plus les faire revivre : c'est à ce résultat que conduisent les principes rigoureusement suivis.

Mais telle n'est pas la loi. Les nécessités de la pratique ont forcé le législateur à se décider autrement. Les articles 1293 et 1299 prévoient chacun des cas de renonciation tacite.

L'article 1293 suppose la cession d'une créance éteinte par la compensation : si le débiteur cédé donne son acceptation, la compensation est considérée comme non avenue, du moins entre les parties, car la loi ne veut pas que cette renonciation porte préjudice aux droits acquis à des tiers. La situation est la suivante : j'ai une créance sur Primus, créance éteinte par la compensation ; celui ci étant devenu mon créancier, je la cède à Secundus ; Primus accepte la cession : la loi suppose qu'il renonce à la compensation. Si le texte de l'article 1293 n'existait pas, il aurait fallu se décider autrement. On aurait été obligé de déclarer la cession nulle ou plutôt inexistante,

car on ne peut céder le néant. or, une créance éteinte n'est plus rien. Toutefois, la loi se justifie facilement, la compensation a été instituée dans l'intérêt réciproque des parties, elles peuvent donc y renoncer, si tel est leur bon plaisir. Dans l'hypothèse précédente, il n'y a rien d'injuste : d'un côté le créancier, en cédant sa créance, reconnaît qu'elle existe encore ; on ne peut supposer qu'il ait l'intention de céder une créance éteinte, c'est donc qu'il renonce à la compensation ; de l'autre, le débiteur accepte la cession, il accepte un autre créancier, sans opposer sa libération, c'est donc qu'il ne veut pas en tenir compte ; il y a consentement réciproque des parties. Mais il pourra se faire que cette décision de la loi devienne une cause d'injustice, un exemple suffira à le prouver. Je suppose que la créance du cédant soit une créance ne produisant pas d'intérêts ou, du moins, des intérêts minimes. La créance du débiteur, au contraire, produit de gros intérêts, surtout si nous la supposons commerciale. Il peut se faire que le cédant ignore la compensation produite, et que le débiteur garde le silence : une fois la cession opérée, il sera trop tard pour le cédant d'invoquer la compensation qu'il était pourtant de son intérêt d'opposer : *dura lex, sed lex*.

L'article 1293, alinéa 2, prévoit le cas où la cession n'a pas été acceptée par le débiteur ; une notification est nécessaire pour qu'elle existe par rapport à lui, et elle n'existe que du jour de cette notification. Dans cette hypothèse, le texte déclare que le débiteur cédé pourra opposer au cédant toutes les compensations qui se produiront antérieurement à la signification du transport. Ceci se comprend sans difficulté, car, jusque-là, il est réputé ignorer la cession ; bien plus, la cession n'existe

pas par rapport à lui, il est resté étranger au cessionnaire, il pourra alors opposer au cédant les compensations qui pourraient naître entre eux. Cette décision de la loi conduira parfois à une conséquence injuste, à notre avis. Car il pourra se faire que, par la suite, le débiteur, à qui on a imposé la cession, devienne créancier du cédant qui est devenu peut-être insolvable. Non seulement on a obligé le débiteur à subir la cession, mais on lui cause un préjudice, puisque, sans cette cession de la créance, il eût pu opposer la compensation, tandis qu'il est obligé désormais de payer le cessionnaire et de ne rien recevoir du cédant.

L'article 1299 est relatif à un autre mode de renonciation tacite à la compensation. Il suppose que les créances des parties sont éteintes par la compensation et que néanmoins l'une d'elles a été payée. Le texte distingue suivant que le paiement a été fait en connaissance de cause ou suivant qu'il a été fait par erreur, c'est-à-dire que la partie qui a payé ignorait la compensation.

Dans le premier cas, le débiteur paie et le créancier reçoit le paiement, sachant que la créance est éteinte. A moins de supposer une donation, mais les donations ne se supposent pas, on ne peut expliquer cette manière d'agir que par une renonciation à la compensation. C'est ce qu'a décidé la loi. Toutefois, elle n'admet pas toutes les conséquences de ce principe ; la compensation est réputée n'avoir pas eu lieu, c'est vrai, mais seulement entre les parties et non à l'égard des tiers, c'est-à-dire que les créances revivent, mais sans les sûretés qui les garantissaient, si elles peuvent nuire à autrui. C'est ainsi que les cautions seront et resteront libérées au jour où la compensation s'est produite, que les gage et

hypothèque disparaîtront du même jour et ne pourront plus être invoqués au préjudice des autres créanciers.

Dans le second cas, le débiteur a payé par erreur, c'est-à-dire en ignorant la compensation qui s'était effectuée, en ignorant qu'il était libéré, et son erreur a une juste cause. Dans cette hypothèse, non seulement il aura la *condictio indebiti* à son service, mais il pourra, s'il le préfère, agir en vertu de son ancienne créance, qui revit avec toutes ses garanties.

La question alors sera de savoir si réellement le débiteur, au moment du paiement, avait une juste cause d'ignorer la compensation effectuée : c'est ainsi, par exemple, que l'on considérera comme juste cause le fait que le débiteur n'a pas eu connaissance de l'accomplissement de la condition qui tenait en suspens l'existence de sa créance.

Si l'on combine l'art. 1295 avec l'article 1299, une difficulté surgit. Elle consiste à savoir si l'acceptation, faite par erreur, l'erreur ayant une juste cause, du transport d'une créance compensée, emporte également renonciation à la compensation. Les auteurs ne sont pas d'accord. Selon nous, il faut assimiler ici l'acceptation au paiement fait par erreur que prévoit l'art. 1299. « L'acceptation de la cession, faite par celui qui ignorait qu'il fût créancier, est viciée par l'erreur, partant nulle, déclare M. Laurent (1). En ce sens, le cas de l'article 1295 et celui de l'article 1299 sont identiques, donc il doit y avoir même décision. On objecte que, d'après Pothier même, c'est une disposition d'équité, ce qui implique qu'elle déroge à la rigueur des principes, et une exception ne s'étend pas, fût-ce par

(1) Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XVIII, 4^e édit., p. 479.

motif d'analogie. Nous répondons qu'en cette matière, il est très chanceux d'argumenter et de décider d'après les principes généraux, puisque la loi y déroge. Il faut donc s'en tenir à cette espèce de fiction, qu'il n'y a pas eu de compensation ; ce qui permet de maintenir les privilèges et les hypothèques contre les tiers, lorsque l'acceptation faite par le débiteur est viciée par l'erreur. » C'est aussi l'opinion de Duranton qui s'exprime ainsi : « Cette exception (à savoir que la créance du débiteur revit avec toutes ses garanties) serait admise aussi dans le cas de l'acceptation, quoique pure et simple, de la cession qui a été faite sur lui (1) », lorsque le débiteur avait une juste cause d'ignorer la compensation accomplie. MM. Aubry et Rau (2) adoptent aussi cette manière de voir : « Toutefois, disent-ils, il (le débiteur cédé) ne peut plus se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges, hypothèques, ou cautionnements attachés à sa créance, à moins cependant qu'il n'ait accepté le transport que dans l'ignorance de la compensation. »

En résumé la loi autorise la renonciation tacite à la compensation acquise et *a fortiori* la renonciation expresse. Les parties sont libres de ne pas se prévaloir de leur libération, mais, en tous cas, sauf l'hypothèse du paiement par erreur prévu par l'article 1299, elles doivent respecter les droits acquis à des tiers. Cette décision de la loi, relative aux tiers, est très juste, car, comme le fait fort bien remarquer M. Laurent (3), la volonté des parties ne

(1) Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XII, 4^e édit., p. 522.

(2) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 4^e édit., p. 240.

(3) Laurent, *Principes de droit civil français*, tome XVIII, 4^e édit., p. 471.

peut effacer un fait qui s'est accompli.

Il est évident qu'il y a eu extinction réciproque de deux obligations, que la libération a eu lieu par la seule volonté de la loi, malgré les deux débiteurs ; ceux-ci ne peuvent qu'en faire disparaître les conséquences et encore, dans les limites admises par le législateur.

La loi, comme nous venons de le voir, consacre dans les articles 1295 et 1299, des cas de renonciation tacite bien déterminés. Toutefois, ces textes ne sont pas limitatifs. « La renonciation tacite, dit M. Laurent (1), est aussi régie par le droit commun. Il peut y avoir d'autres cas de renonciation que ceux que la loi prévoit. La volonté tacite équivaut à la renonciation expresse, mais à une condition, c'est qu'elle soit certaine : il faut que le fait d'où on l'induit ne puisse pas recevoir une autre interprétation. » Ces principes, qui nous paraissent certains, n'ont pas toujours été suivis par la jurisprudence, et à tort, selon nous. C'est ainsi que la Cour de Grenoble, dans un arrêt du 1^{er} mars 1892, est en contradiction flagrante avec eux. Elle a décidé (2) « qu'il y a renonciation tacite à la compensation, quand la partie, poursuivie pour le total de sa dette, a prétendu que cette dette avait été éteinte par paiement ou par novation, sans faire valoir, en aucune manière, l'existence d'une compensation.

Et qu'il en est ainsi surtout si, condamnée en première instance à acquitter la somme entière, elle n'a pas fait appel du jugement de condamnation ». A notre avis, il y a là une grave erreur. De ce que le débiteur poursuivi

(1) Laurent, t. XVIII, p. 472.

(2) Arrêt de la Cour de Grenoble du 1^{er} mars 1892. — Dalloz, 1892, 2, 222.

n'a pas opposé la compensation, peut-on induire qu'il y a renoncé? Peut-être avait-il avantage à garder le silence, avantage facile à comprendre si l'on suppose, par exemple, qu'il avait sur le poursuivant une créance produisant de gros intérêts. De plus, c'est en vain que l'on invoquerait la chose jugée : le juge n'ayant pas été saisi de ce moyen de défense, n'a pu en tenir compte dans sa décision, mais il n'en est pas moins vrai qu'il subsiste. La doctrine est d'accord avec les principes pour soutenir notre opinion. « La compensation, nous dit encore M. Laurent (1), peut même être opposée après le jugement ; si donc le créancier veut exécuter le jugement, le débiteur peut arrêter l'exécution en opposant la compensation ; car il ne saurait y avoir d'exécution sans dette, et la compensation a éteint la dette de plein droit. » Du reste, disent MM. Aubry et Rau (2), la compensation peut être opposée en tout état de cause, et même après une condamnation passée en force de chose jugée. La raison en est que la compensation tient lieu de paiement. » Or, ne serait-ce pas violer le droit du débiteur que de considérer son silence comme une renonciation tacite à la compensation pour l'empêcher de faire valoir une libération effectuée par la loi elle-même?

Ainsi donc la compensation était bien différente à Rome de ce qu'elle est chez nous. Les Romains n'ont jamais admis, même après la constitution de Justinien, la compensation légale, c'est-à-dire la compensation opérant extinction de deux dettes liquides et exigibles, contre le gré et à l'insu des parties, par le seul fait de leur coexistence. De tout temps, elle resta un mode de

(1) Laurent, p. 409.

(2) Aubry et Rau, p. 236, texte et note 2.

procédure, opposé d'abord sous forme d'exception et ensuite comme moyen de défense. C'était le juge qui la prononçait, elle n'existait pas tant que la sentence n'était pas rendue, mais dès qu'elle existait, elle produisait un effet rétroactif. La compensation y était une forme de l'équité; on trouvait qu'il y avait dol de la part d'un créancier à exiger le paiement de sa créance alors que lui-même n'avait pas payé sa dette à son débiteur. Et comme on l'a dit: « Assurément le procédé romain s'expliquait surtout par des raisons de procédure plutôt que par un fondement rationnel; mais il s'était trouvé que la procédure était d'accord avec l'équité, la forme avec le but juridique (1). »

Chez nous, le système est tout différent. La compensation a lieu dès que les deux dettes coexistent liquides et exigibles; leur extinction se produit en vertu de la loi seule, les parties n'ont pas à intervenir. Sans doute, il pourra se faire que le débiteur poursuivi allègue la compensation, mais le juge ne la prononcera pas, il ne fera que déclarer, que reconnaître qu'elle s'est effectuée, comme il reconnaîtrait qu'un paiement a été fait. Et, quand bien même le défendeur garderait le silence, quand bien même le jugement resterait muet en ce qui concerne la compensation, il n'en serait pas moins vrai qu'elle aurait eu lieu, sauf toutefois la faculté laissée aux parties d'y renoncer si bon leur semble. A Rome, il en eût été autrement, puisque, pour exister, la compensation devait être opposée par une partie et prononcée par le juge.

Avec cette manière de comprendre la compensation, les rédacteurs du Code civil devaient se heurter à de

(1) M. Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation, d'après le projet de code civil allemand.*

grânde difficultés où l'équité serait en jeu. Certaines conditions essentielles, que nous étudierons plus loin, sont exigées pour que la compensation légale ait lieu. Or dans certains cas, il est juste qu'elle s'accomplisse malgré l'absence de ces conditions déclarées nécessaires. Supposons que l'une des parties dont la créance n'est pas encore liquide ou exigible, désire elle-même la compensation, qui n'a pu se produire en vertu de la loi. Evidemment il fallait avoir recours à un moyen, on créa la compensation dite judiciaire.

Sur la demande de cette partie, le juge prononcera la compensation comme si toutes les conditions étaient réunies. Le remède était facile, mais nous allons voir que les conséquences en sont funestes. En effet, la compensation, n'ayant pu se produire en vertu de la loi, à l'époque de la coexistence des deux dettes, parce qu'un obstacle s'y opposait, obstacle créé par le législateur lui-même, elle n'existera en réalité que du jour du jugement; car ici le juge ne se borne pas à déclarer que les dettes sont éteintes, il les éteint par sa sentence qui est créatrice d'une situation nouvelle et non déclarative d'un état préexistant. Tel est le résultat, qui sera absolument contraire à l'équité dans bien des cas. Que l'une des parties, par exemple, soit déclarée en faillite, la compensation, qui est considérée comme un paiement, à tort ou à raison, ne pourra plus être prononcée par le juge. Et alors l'on verra un débiteur du failli obligé de payer la totalité de sa dette, alors que sa créance à lui sera soumise à la loi du dividende. Un préjudice parfois très considérable sera subi par le créancier sous le prétexte que sa créance n'était pas liquide, c'est-à-dire pour une cause tout à fait casuelle.

En présence d'une telle organisation de la compensation, dont le rôle est devenu si important dans une civilisation où l'argent est une des principales richesses, on ne peut s'empêcher de critiquer sévèrement le législateur. La réforme serait d'autant plus facile que la législation romaine est là comme un des meilleurs modèles, auquel on pourrait apporter quelques modifications.

D'un côté, on a bouleversé complètement le système romain en prétendant qu'il avait admis la compensation légale telle que nous la comprenons ; d'un autre, on s'est absolument trompé, quand on a voulu l'imiter en ce qui concerne la compensation judiciaire.

L'erreur était inévitable, étant donnée la théorie adoptée par les rédacteurs de notre Code, elle était logique. Mais qu'on supprime la compensation s'opérant à l'insu des parties, qu'on supprime, du moins comme essentielles, certaines des conditions exigées, comme la liquidité, et qu'on admette la compensation, s'opérant au su des parties, ses résultats iniques disparaîtront.

SECTION II. — D'après le projet du Code civil allemand.

Le projet du Code civil allemand contient une théorie de la compensation tout à fait différente de celle de notre Code. Il n'y est plus question de la compensation légale s'opérant à l'insu des parties et entraînant extinction des deux dettes par le seul fait de leur coexistence ; et pourtant ce n'est pas non plus la compensation judiciaire, comme l'entendaient les Romains, c'est-à-dire celle s'opérant au

moyen d'une exception et résultant d'une sentence du juge.

Le législateur allemand s'est formé une autre idée de la compensation : d'après lui, dès que deux créances existent de telle façon que le créancier de l'une soit le débiteur de l'autre, cette coexistence n'amène pas l'extinction réciproque des dettes ; l'une paralyse seulement l'autre, la tient en échec, et permet au créancier de se payer lui-même, sur ce qu'il doit à son débiteur et en refusant de poursuivre ce dernier, de telle sorte que chacune des parties se paie avec ce qu'elle doit à l'autre. « Lorsque deux personnes se doivent réciproquement des prestations, dont les objets sont de même nature, chaque partie peut, aussitôt qu'elle pourrait exiger la prestation qui lui revient et effectuer ce qu'elle doit, compenser son droit avec celui de l'autre partie. » Ainsi s'exprime le premier alinéa de l'article 281, qui forme aujourd'hui l'article 331, suivant : « Lorsque deux personnes se doivent des prestations réciproques, qui sont identiques par leur objet, chacune d'elles peut compenser sa créance contre la créance de l'autre, dès qu'il lui est permis, à la fois de poursuivre ce qui lui est dû et de fournir ce qu'elle doit. » Pour arriver à ce résultat, il suffit de la déclaration unilatérale de l'un des créanciers à l'autre, à n'importe quel moment. C'est ce que décide l'article 282, ainsi conçu : « La compensation s'opère au moyen d'une déclaration faite par un des créanciers à l'autre. » Cet article est reproduit, à peu près textuellement, par le nouvel article 332 : « La compensation s'opère par une déclaration faite à l'autre partie. » Cette simple déclaration entraînera l'extinction des dettes, avec

effet rétroactif, c'est-à-dire que les deux dettes seront réputées éteintes du jour de leur coexistence.

Cette notion de la compensation, pour être bien comprise, doit être étudiée dans sa formation même; un historique rapide est nécessaire à son étude.

Le droit romain, nous l'avons vu, n'admettait que la compensation judiciaire fondée sur l'équité. Le débiteur, poursuivi par son créancier, lequel était lui-même son débiteur, n'avait qu'à lui opposer l'*exceptio doli*. On estimait qu'il y avait dol à poursuivre un paiement alors que soi-même on n'avait pas payé sa dette. Telle fut l'idée fondamentale sur laquelle reposa la compensation et le moyen employé pour la mettre en pratique jusqu'au moment où parut la constitution de Justinien. Cette constitution déclara que désormais le domaine de la compensation était augmenté et qu'elle se produirait *ipso jure*. Nous avons passé en revue les différentes interprétations données à ces mots *ipso jure*, nous avons vu que l'explication qu'en donnèrent nos anciens jurisconsultes amena le législateur français à introduire la compensation légale dans notre Code. Quelle fut l'opinion des interprètes allemands? Comment de leur interprétation sortit cette théorie si différente de celle de notre loi, bien que puisée à la même source?

L'idée de la compensation légale a cependant des partisans parmi les auteurs allemands. Windscheid nous l'apprend ainsi : « Le plus récent écrivain sur la compensation, Asher, est revenu à l'ancienne opinion, à l'ancienne compréhension de l'*ipso jure*, c'est-à-dire que la compensation agit *ipso jure*. Cette action de l'*ipso jure* aurait été aussi confirmée par Justinien contre une pratique

opposée, mais sans que lui-même s'en rendit bien compte (1). » Le même auteur reconnaît aussi que « auparavant l'opinion courante était que cette expression *ipso jure* voulait dire que la compensation agissait *ipso jure* comme exécution de l'obligation et comme libération. » Seulement, dit-il, « on a cherché dernièrement à faire adopter cette opinion avec le principe que le débiteur conserve son droit de poursuite quand il ne veut pas compenser, en admettant que la compensation ne survenait que lorsque le débiteur s'en réclamait, mais que dès qu'il s'en prévalait, on supposait que les deux droits de poursuite opposés avaient été détruits *ipso jure* depuis le moment de leur coexistence. C'est maintenant l'opinion dominante. »

Ainsi donc les juristes allemands, eux aussi, ne sont pas d'accord sur le sens des mots *ipso jure* ; les uns, parmi lesquels un des plus récents, se décident pour la compensation légale ; les autres pour la compensation judiciaire, et c'est l'opinion dominante, si nous en croyons Windscheid, opinion à laquelle lui-même se rallie. Du reste, la théorie de Windscheid sur la compensation n'est autre que la théorie romaine. En dehors de la compensation conventionnelle, que l'on est forcé d'admettre si l'on accepte la liberté des conventions, il ne voit de juridiquement possible que la compensation judiciaire, celle s'opérant par le moyen d'une exception. Il ne veut pas se rendre à cette idée qu'une partie puisse, par sa seule volonté, sans le consentement de l'autre, obliger celle-ci à recevoir un paiement partiel, résultat auquel on aboutit en admettant d'autres modes de compensation. Primus

(1) Windscheid, — *Pandectes*, II, § 349, note 3.

doit 100 à Secundus, qui, lui-même, lui doit 50. Que Secundus veuille compenser, il force Primus à recevoir 50, il lui impose évidemment un paiement partiel. Mais avec la compensation judiciaire les choses changent d'aspect. Que Secundus, par exemple, poursuive Primus pour le paiement de 100, ce dernier invoquera la compensation, s'il le veut, il lui imposera ici encore un paiement, partiel il est vrai; mais c'est une sorte de peine pour son dol, car il y a dol à poursuivre son débiteur quand on n'a pas acquitté soi-même la dette qu'on a à son égard.

Pour le jurisconsulte allemand, comme pour tous ceux qui veulent voir un paiement dans la compensation, le raisonnement est logique. Du moment que la compensation est un paiement, il faut lui appliquer les règles relatives au paiement, celui-ci ne pouvant être partiel, il ne peut y avoir compensation qu'au cas où les parties sont d'accord pour l'accepter, par le moyen d'une convention survenue entr'elles. Quant à la compensation judiciaire, on l'expliquera par les motifs que nous avons donnés.

Pour nous, qui considérons la compensation non pas comme un paiement, mais comme un mode d'extinction des obligations, ayant sa nature propre, ses règles spéciales, nous ne voyons pas d'inconvénient à admettre le système adopté par le projet de Code civil allemand; illogique dans celui-ci, il devient logique pour nous.

D'après le système allemand, l'idée fondamentale est que la compensation est un paiement. Cette notion, les jurisconsultes l'ont puisée dans les théories de nos anciens auteurs, surtout dans Doneau. Ce dernier s'exprime ainsi : « *Compensare namque dicitur debitor, qui cum ei vicissim aliquid debetur a creditore eodemque actore,*

vult quod sibi debetur ab eo retineri ne amplius debeat, et simul id sibi pro depenso, seu pensato apud eum esse, ut tanquam eo soluto desinat vicissim et ipse debere (1). » Un débiteur est dit opérer la compensation, quand, devenant lui-même créancier de son créancier, il veut que ce dernier conserve, retienne le montant de sa dette comme paiement de sa créance.

Ainsi Primus doit 100 à Secundus ; Secundus, par la suite, vient à devoir 50 à Primus. Secundus, au lieu de poursuivre Primus pour 100 et de lui devoir ensuite 50 comme auparavant, ne demandera que 50. Il agit de telle façon que Primus se paie lui-même avec ce qu'il a entre les mains. Il y a paiement ; les deux dettes se trouvent éteintes jusqu'à concurrence de la plus faible. « *Solvit autem debitor qui creditori suo pecuniam numerat liberandi sui causa. Nihil autem interest, utrum numerem creditori meo pecuniam, an vero meam quæ apud eum est, aut quam possum ab eo exigere, potior apud eum esse tanquam numeratam liberandi mei gratia* (2). » Il y a paiement puisque le débiteur a compté une somme d'argent à son créancier pour obtenir sa libération. Peu importe qu'il lui ait abandonné une somme que ce créancier avait entre les mains et que le débiteur pouvait lui réclamer, il est quitte puisqu'il l'a fait avec l'intention de payer : « *At compensatio pro solutione est ipso jure, ac non tantum per exceptionem : quia et ipsa numerationem quamdam brevi manu continet* (3). » Il y a paiement, non pas un paiement fait par un versement réel de la somme d'argent, mais par une sorte de

(1) Doneau, *De jure civili*, bib. XVI, cap. XV, § 4.

(2) Doneau, § 37.

(3) Doneau, § 38.

tradition *brevi manu*. C'est en ce sens qu'il faut dire que la compensation opère *ipso jure* et non *exceptionis ope*, c'est-à-dire que l'extinction des deux dettes n'a pas lieu à l'insu des parties, mais qu'aussitôt qu'elles l'ont voulu, les créances ont été éteintes, par le seul fait d'opposer la compensation. Cette théorie de Doneau sur la compensation fut reprise et approfondie par Brinz, qui en fit découler des conséquences aussi ingénieuses que nouvelles. Cet auteur repousse la compensation légale, c'est-à-dire celle qui s'opère à l'insu des parties. Avant la constitution de Justinien, dit-il (1), la compensation ne fut jamais considérée comme un mode d'extinction des obligations. Avant l'*ipso jure compensari* (c'est-à-dire avant cette même constitution) on avait considéré comme contraire à l'équité qu'un créancier portât plainte contre son débiteur, quand ce débiteur, son contre-créancier, réclamait la compensation et s'y déclarait prêt. Une *exceptio doli* conduisait, dans ce cas, non pas à la compensation, mais à l'absolution du débiteur. Le créancier ne devait réclamer que le solde résultant de la différence de sa créance diminuée du montant de sa dette, autrement il était considéré comme étant de mauvaise foi; sa prétention était repoussée comme mal fondée, il y avait *plus petitio*. Mais dès avant Justinien, on s'était départi de cette rigueur : le créancier pouvait poursuivre son débiteur pour le tout, sans tenir compte de la contre-créance et sans crainte de dol; ce qu'il réclamait ainsi en trop était déduit dans la *condemnatio*, il n'y avait plus *absolutio*, mais *minutio condemnationis*.

Jusqu'ici, continue Brinz, compensation n'a nulle part

(1) Brinz, *Pandectes*, tome II, § 287.

signifié extinction des créances. Même à l'époque où le créancier ne devait réclamer que sa créance diminuée du montant de la contre-créance du débiteur, elle n'était pas un mode d'extinction de l'obligation. La preuve en est que si d'une part un paiement avait été fait par une des parties et accepté par l'autre avec dessein, ce paiement était valable ; et si, d'autre part, dans la poursuite intentée par l'une des parties, la contre-créance n'était pas opposée par l'autre, ou s'il n'en était pas tenu compte par le juge, cette contre-créance continuait d'exister dans l'avenir. Or, on ne peut admettre ni paiement valable, ni survivance de la créance, si la compensation opère extinction des dettes. C'est pourquoi, dès que l'une des créances disparaissait, soit par suite d'un paiement ou de toute autre cause, l'autre redevenait libre, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer une rétroactivité quelconque, elle était délivrée, en quelque sorte, de la pression que l'autre exerçait sur elle. La compensation disparaissait d'elle-même comme elle était survenue. Si le premier effet (c'est-à-dire le ne pas devoir payer) disparaissait, il avait comme conséquence la disparition du second effet (c'est-à-dire le ne pas pouvoir poursuivre). La contre-créance pouvait alors être réclamée comme au temps où elle existait seule, ou comme si c'était sa première existence. Du reste nous ne trouvons pas la compensation là où elle devrait être, si elle était un *modus tollendi obligationem* ; on la cherche en vain dans les titres de *solutionibus et liberationibus*, on ne la trouve que comme moyen de défense à la fin des actions, après certaines exceptions (*exceptio non numerata pecunie*) mais elle n'est pas elle-même une exception, il n'y a pas d'*exceptio compensationis*. De plus, à la dernière époque du droit romain, les exceptions avaient

changé; l'équité ne consistait plus à dire qu'un créancier était repoussé dans sa plainte par son débiteur et contre-créancier, parce que celui-ci n'avait pas été payé; désormais, la compensation consiste dans un droit de rétention, c'est-à-dire dans ce premier et unique effet : pouvoir refuser le paiement tant que la contre-créance existe, celle-ci paralyse l'autre jusqu'à concurrence de son montant. Ainsi donc la compensation, au lieu de consister dans l'extinction des obligations, exige, au contraire, qu'elles existent. Les deux créances subsistent l'une en face de l'autre, elles se couvrent et se servent réciproquement de garantie tant qu'elles existent.

Nous sommes loin de la compensation opérant à l'insu des parties, l'extinction de deux créances, par le seul fait de leur coexistence. Doneau voyait dans la compensation le paiement que se faisait elle-même chacune des parties avec ce qu'elle aurait dû donner à l'autre, c'était une *numratio brevi manu*, à son avis. Brinz reprend l'idée et la poursuit jusqu'au bout. Non seulement la compensation n'est pas un moyen d'éteindre les créances, à l'insu des parties, dès le moment de leur coexistence, mais elle n'est pas même et n'a jamais été un mode d'extinction des obligations, elle consiste au contraire dans l'existence même des créances. Chacune des parties a entre les mains de quoi se payer elle-même, sa dette devient la garantie de sa créance, elle n'exécute pas son obligation tant que l'autre n'exécute pas la sienne. Nous trouvons ici pour des créances, nées *ex dispari causâ*, ce qui existe déjà pour des obligations nées *ex eadem causâ*. Dans un contrat synallagmatique, comme la vente, par exemple, le vendeur peut refuser de livrer la chose vendue tant que l'acheteur ne lui en a pas payé le prix, il a le

droit de rétention, qui lui laisse entre les mains, comme garantie de sa créance, la chose vendue, qui est déjà la propriété de son débiteur par le seul fait de la vente. Pour les juristes allemands, l'idée qui sert de base à la compensation est tout à fait la même. La dette de l'une des parties devient le gage de sa créance ; elle a entre les mains une somme d'argent, qui appartient à son créancier, et qu'elle retient tant que le créancier n'a pas lui-même payé la dette qu'il a contractée envers elle.

La compensation consiste donc, d'après la doctrine allemande, dans un droit de rétention ; mais un droit de rétention renforcé, qui diffère beaucoup du droit de rétention simple.

Relativement à leur nature, il y a, entre ces deux institutions, des différences profondes.

Le droit de rétention est une sorte de saisie temporaire, qui ne va pas jusqu'à la libération des parties. L'une d'elles refuse d'exécuter et par conséquent conserve l'objet de son obligation pour forcer l'autre à remplir son engagement, si elle veut profiter de son obligation. Bien loin d'opérer par elle-même la libération des parties, la rétention est, au contraire, une preuve que l'obligation existe, mais n'est pas exécutée, ce n'est pas une libération, c'est un moyen pour conduire à l'exécution. « Le droit de rétention ne permet pas d'écarter une prétention de l'adversaire, mais de forcer celui-ci à accomplir sa prestation.

« Il consiste dans le droit de conserver une prestation à laquelle on s'est obligé soi-même jusqu'à ce que le réclamant ait donné satisfaction à la prétention qu'on élève contre lui (1). »

(1) Windscheid, *Pandectes*, tome II, § 351.

La compensation, de son côté, est une saisie complète, véritable, qui amène la libération des parties en cause. Chacune d'elles se paie avec ce qu'elle aurait dû donner à l'autre, chacune d'elles éteint sa créance avec sa dette.

La rétention diffère encore de la compensation, au point de vue de ses effets. Le droit de rétention a pour unique effet de retarder l'exécution de l'obligation de l'une des parties, aussi longtemps que l'autre tardera elle-même ; elle n'est qu'une garantie entre les mains de l'un des contractants contre l'autre. C'est tellement une simple garantie aux yeux du législateur allemand, que le rétenteur est forcé de remplir son engagement bien que l'autre partie n'exécute pas le sien, si celle-ci lui offre une sûreté suffisante autre qu'une caution (1). Nous sommes loin de l'effet de la compensation qui, une fois accomplie, libère les deux parties en entraînant l'extinction de leurs obligations réciproques.

Au point de vue des conditions, le droit de rétention ne peut être exercé qu'au cas de dettes connexes, c'est-à-dire de dettes découlant d'un même fait, sauf l'exception relative aux dettes commerciales, où la commercialité de la dette est seule exigée. La compensation, au contraire, pourra se produire pour dettes même non connexes, sous les seules conditions qu'elles soient exigibles et aient des objets de même nature.

Cette idée de la compensation, basée sur le droit de rétention, n'est pas nouvelle. « Au moyen âge, nous apprend M. Thaller (2), les statuts des Républiques italiennes avaient, dès le XVI^e siècle, imprimé au droit de

(1) Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil Allemand*, p. 49.

(2) Thaller, *Les faillites en droit comparé*, tome II, § 128.

réten tion une marche progressive et abouti à ce résultat, à l'égard des commerçants tout au moins, d'une fusion de deux dettes se neutralisant à due concurrence. La faculté pour un négociant de retenir ce qu'il devait à un autre jusqu'à ce que celui-ci s'acquittât envers lui d'une dette même distincte, ce droit reproduit par l'article 343 du Code allemand de 1860, marque nettement la solidarité unissant les dettes croisées de marchands, aux yeux des tribunaux de l'Italie d'il y a 300 ans.

« Ces mêmes tribunaux, ne discernant pas ou ne voulant pas discerner la ligne séparant ici la défense de l'attaque et la réten tion de l'application des valeurs retenues, en étaient venus à octroyer au rétenteur le droit de liquider la chose possédée, et de se payer sur le montant par préférence. La chose possédée consistant dans une dette d'argent, on en arriva logiquement à autoriser le défendeur à s'attribuer par préférence sa propre obligation en règlement de sa créance.

« Ainsi s'explique ce droit de réten tion et de compensation présenté comme indivisible dans les statuts de Gènes de 1589. »

Toutefois, dans le système du projet, le droit de réten tion et la compensation ne sont pas considérés comme indivisibles, à notre avis. On peut analyser ainsi la compensation allemande. Dès que les deux dettes coexistent en remplissant les conditions voulues pour compenser, il n'y a pas immédiatement compensation, il y a seulement naissance du droit de réten tion. Les créances se servent réciproquement de garantie ; bien loin de s'annihiler réciproquement, elles acquièrent, au contraire, une force nouvelle, elles ne sont plus seulement de simples créances existant l'une en face de l'autre, sans rapport entre elles,

il naît une sorte de « solidarité unissant ces dettes croisées », selon l'expression de M. Thaller, elles se fortifient réciproquement ; en se garantissant mutuellement, elles se rendent plus vivaces.

Jusqu'ici, nous sommes loin de l'extinction de ces obligations. Mais que l'une des parties fasse à l'autre la déclaration de vouloir compenser, il y a alors comme une réalisation du gage, chacune des parties se paie en acquérant la propriété de ce qu'elle conservait auparavant en vertu de son droit de rétention.

Ainsi donc, tant qu'il n'y a pas eu cette déclaration de volonté, il y a seulement ouverture du droit de rétention, la compensation n'existe encore qu'à l'état latent, elle existe *sub conditione*, la condition étant que l'un des créanciers déclarera à l'autre qu'il veut compenser.

Cette manière d'envisager la compensation, nous fait aboutir sans difficulté à la solution d'une question intéressante : à partir de quel moment les deux dettes seront-elles compensées, sera-ce du jour de leur coexistence avec les conditions voulues, sera-ce seulement du jour de la déclaration de volonté faite par une partie à l'autre ; en un mot, y aura-t-il rétroactivité ?

Avec la compensation judiciaire, comme on la comprenait à Rome, la rétroactivité s'imposait d'elle-même. Quand le débiteur poursuivi opposait l'*exceptio doli*, il invoquait une situation préexistante, dont le juge devait tenir compte à partir du jour où elle avait pris naissance. Sa contre-créance avait mis en échec le droit du demandeur ; au moment où elle s'était trouvée exister en face de lui, il y avait une situation acquise, dont les effets devaient se produire dans la suite. Plus tard, après la constitution de Justinien, ce résultat était plus frappant encore. Comme

nous l'avons dit déjà en commentant les expressions *ipso jure*, dont le sens a été tant discuté, la compensation se produisait alors par le seul fait de la coexistence des deux dettes liquides et exigibles, une seule condition restait à remplir : opposer la compensation devant le juge, qui la déclarait accomplie et productive de ses effets du jour où les deux créances s'étaient rencontrées.

Doneau, lui aussi, admettait la rétroactivité : « *Dignum est igitur notatu quod placet non exinde primum compensationem pro soluto haberi ipso jure, cum objecta est ; sed ex quo primum objici potuit, id est, ex quo primum cœpit pecunia utrinque deberi. Quod est æquisimum, nam et tunc primum eam pecuniam habere cœpit creditor, ex quo eam debuit, etc.* » Il est utile de remarquer, dit-il, que la compensation opère paiement non pas à partir du moment où on l'oppose, mais à partir de celui où on aurait pu l'opposer, c'est-à-dire du jour où les deux dettes ont coexisté. Ce résultat est très équitable, car le créancier est considéré comme s'étant payé, dès que lui-même a été débiteur de son débiteur. Tel est l'avis de Doneau. Selon lui, le créancier qui vient à contracter une dette à l'égard de son débiteur est réputé s'être payé lui-même avec les espèces qu'il a entre les mains et qui appartiennent à ce débiteur du jour de l'existence de la contre-créance, ou, du moins, du jour de son exigibilité. Cette solution est aussi celle du législateur allemand. La compensation ne s'opère pas seulement du jour de la déclaration faite par une partie à l'autre, elle remonte à la coexistence des deux dettes. Pour qu'il en soit ainsi, le projet exige que la situation des parties, l'une à l'égard de

(1) Doneau, *De jure civili*, lib. XVI, cap. XV, § 39.

L'autre, soit telle que la compensation soit encore possible, c'est-à-dire que les deux dettes existent toutes deux au moment de la déclaration de compensation. Ainsi, si l'un des débiteurs a payé, il ne pourra répéter comme ayant payé l'indû, pour invoquer ensuite la compensation. Nous croyons que cette restriction était tout au moins inutile, étant donné le principe de la compensation admis par le législateur allemand. En effet, l'idée fondamentale est que la compensation est un droit de rétention renforcé, ou, si l'on veut un droit de rétention qui doit aboutir à l'accaparement, par chacun des créanciers, de la chose qu'il retient. Or, pour que ce droit de rétention existe, il faut deux obligations en présence, puisque chaque créancier ne retient l'objet de son obligation que pour se garantir contre l'autre. Mais alors, si l'on exécute son engagement, à quoi servira-t-il que l'autre conserve une garantie : que garantira l'objet retenu ? Rien. Par conséquent, le droit de rétention, base de la compensation allemande, disparaît par le fait de l'exécution de son obligation par l'une des parties, et la possibilité d'une compensation disparaît *a fortiori*. D'autre part, qu'est-ce que la compensation dans le projet de Code civil allemand, si ce n'est un droit de rétention qui doit aboutir à la compensation sous une condition, celle qu'une partie manifestera à l'autre sa volonté de compenser par une déclaration. Or, la condition ne peut plus se réaliser quand le droit de rétention a disparu par l'exécution de l'une des obligations. A notre avis, il n'est pas besoin d'invoquer cette idée que le Code allemand n'admet pas d'obligations naturelles (1) pour expliquer la défense d'agir en réclamation de l'indû, et

(1) Saleilles, p. 52.

cela pour un motif bien simple, c'est qu'il n'y a pas eu paiement de l'indû, puisqu'il n'y avait pas encore compensation accomplie, mais seulement compensation à l'état latent. La partie qui a payé n'a pu se plaindre, elle a exécuté une obligation qui existait, elle l'a exécutée d'une manière, par un paiement, alors qu'elle aurait pu l'exécuter autrement, par voie de compensation, mais il n'y a, pour cela, aucune raison d'agir en répétition de l'indû, car il y avait une dette nullement éteinte.

En résumé, la compensation, aux yeux des juristes allemands est tout à fait différente de ce qu'elle est dans notre Code civil. Sans être judiciaire, au sens romain du mot, elle n'est pas non plus légale, c'est-à-dire s'opérant à l'insu des parties dès que les deux dettes coexistent liquides et exigibles.

Elle n'est pas judiciaire, car la déclaration, que fait l'un des créanciers à l'autre, de vouloir se payer par voie de compensation, est tout à fait extrajudiciaire, le ministère du juge n'y est pas requis.

Elle n'est pas non plus légale, puisque cette déclaration est nécessaire; elle n'est pas non plus conventionnelle, puisque la déclaration est unilatérale, celle des parties qui la fait impose à l'autre sa volonté de compenser. En somme, c'est un système nouveau, aussi différent du système romain, d'où il découle, cependant, que le système français qui a été puisé à la même source.

CHAPITRE II

CONDITIONS DE LA COMPENSATION.

SECTION I. — Dans le Code civil Français.

Ces conditions sont indiquées par l'article 1291 : « La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, et qui sont également liquides et exigibles. » Trois conditions sont exigées par ce texte : 1^o il faut que les deux dettes aient pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce ; 2^o il faut qu'elles soient liquides ; 3^o qu'elles soient exigibles. Nous verrons ensuite s'il y a lieu d'en ajouter d'autres.

Première condition : les deux dettes doivent avoir pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce. « Il faut, dit Merlin (1), qu'il s'agisse, de part et d'autre, de choses fongibles de même nature ; ainsi, dans l'étroite règle, du blé ou tout autre espèce de grains ne peut se compenser avec du vin, si ce n'est volontairement et du consente-

(1) Merlin, *Rep. de jur. Compensation*, p. 639.

ment des parties, quand l'estimation s'en fait réciproquement. La raison en est que, la compensation étant une espèce de paiement et en tenant véritablement lieu, on ne peut forcer son créancier d'accepter autre chose en paiement que ce qui lui est véritablement dû, à moins qu'il n'y consente. »

Le texte est formel, on ne peut compenser que des créances ayant pour objet des sommes d'argent ou des quantités de choses fongibles de même espèce.

Il y a là une différence avec la compensation romaine, du moins avec celle de l'époque du système formulaire : on ne peut compenser une dette d'argent avec une dette de corps certain. Le motif en est que, dans notre législation comme au temps de la *cognitio* extraordinaire, la condamnation porte sur l'objet litigieux lui-même, c'est la chose en litige qui fait l'objet de la sentence et non plus sa valeur pécuniaire.

De plus il ne suffit pas que les créances aient pour objet des quantités, il faut que ce soient des quantités de choses fongibles entre elles et de même espèce. Ainsi on ne pourra pas compenser du blé avec du vin, ou même du vin de Bordeaux avec du vin de Bourgogne, en nous plaçant, évidemment, au point de vue de la compensation légale. Mais il est clair que la compensation s'opèrera quand chacune des dettes aura pour objet, *in genere*, un cheval, dix moutons, ou tant d'hectares de terre dans un canton déterminé. Mais la compensation n'aurait pas lieu si une créance portait sur tel animal déterminé, tel cheval par exemple, tandis que l'autre a pour objet un cheval quelconque à choisir ; car l'une des créances, la seconde, n'a pas d'objet déterminé. Le motif de cette décision de la loi, que les obligations réciproques doivent avoir pour

objet des choses fongibles de même espèce, est celui donné par Merlin. Car si le législateur a bien voulu déroger aux règles du paiement en admettant la compensation, qui souvent donnera lieu à un paiement partiel, il n'a pas voulu forcer un créancier à recevoir en paiement une chose autre que celle qui fait l'objet de sa créance.

A cette idée se rattache naturellement la solution d'une autre question ; peut-on compenser deux créances dont l'une, étant alternative, c'est-à-dire ayant deux objets entre lesquels le créancier doit choisir, un de ces objets seulement est fongible avec l'objet de l'autre créance ? La négative est évidente, car tant que le créancier de l'obligation alternative ou le débiteur, suivant les cas, n'a pas fait son choix, on ne sait pas encore s'il choisira la chose fongible avec l'objet de sa dette : jusque-là on ne peut admettre la compensation, car ce serait violer le droit qu'a le créancier ou le débiteur de choisir celle des deux choses qui lui conviendra le mieux. Mais dès que celui-ci se sera décidé, la compensation pourra s'opérer, si les conditions voulues se trouvent réunies.

Il en serait autrement au cas où l'une des deux créances serait facultative, car, dans une obligation facultative, il n'y a qu'un objet qui est *in obligatione*, l'autre est *in facultate solutionis* ; si le premier est fongible avec celui de l'autre obligation, évidemment il y aura compensation. Toutefois une réserve est à faire : comme on ne sait, jusqu'au moment fixé dans ce but, lequel des deux objets le débiteur veut laisser, puisqu'il a le choix, il faut décider que ce ne sera qu'une fois l'échéance passée, que la compensation pourra se produire.

La règle que la compensation ne peut se produire qu'entre des créances ayant pour objet des sommes d'argent ou

une certaine quantité de choses fongibles de même espèce reçoit une exception, contenue dans l'article 1291, al. 2, et relative aux prestations en grains ou en denrées, dont le prix est réglé par les mercuriales : la loi décide qu'on pourra les compenser avec les sommes d'argent liquides et exigibles. Cette exception, que Pothier n'acceptait pas, avait déjà pourtant des partisans dans l'ancien droit, si nous en croyons Merlin : « *Mærius* doit 100 pistoles à *Titius* et celui-ci doit à *Mærius* une certaine quantité de grains. Il paraîtrait d'abord que les deux dettes ne sont pas de nature à être compensées ; cependant, si le montant de la dette en grains peut être facilement constaté, *Mærius* en obtiendra la compensation avec la dette en argent. C'est entr'autres le sentiment de Brodeau, qui observe à ce sujet que la dette en grains est certaine et liquide. Il est facile en effet, ajouta-t-il, d'en faire l'appréciation en argent sur l'extrait de la valeur des gros fruits qui est au greffe de toutes les juridictions royales, suivant ce qu'ont prescrit l'article 17 de l'ordonnance de Charles VII du 19 septembre 1439, qui est particulière pour la ville de Paris, et les articles 94, 102 et 104 de l'ordonnance de François 1^{er} de 1539, qui est générale pour tout le royaume.... Ainsi, une certaine quantité de grains ou d'autres denrées, qui ont une évaluation fixe, peut être compensée sans difficulté avec une somme claire et liquide (1). Merlin déclare ensuite que Brillonn, cite, dans son dictionnaire, un arrêt du Parlement de Grenoble du 27 septembre 1653, qui admet cette théorie.

Il ne nous appartient pas de critiquer cette décision de la loi, nous n'avons qu'à en chercher le sens pour en voir

(1) Merlin, *Rep. de jur. Compensation*, pp. 636 et 637.

l'application. Les dettes qui ont pour objet une certaine quantité de grains ou de denrées dont le prix est fixé par les mercuriales (c'est-à-dire par des registres sur lesquels les maires des communes constatent officiellement le cours de ces denrées dans les marchés) sont considérées comme des dettes d'argent liquides, et, par conséquent, peuvent se compenser avec des dettes de cette nature. Il y a ici une dérogation nouvelle aux règles du paiement en faveur de la compensation. Non seulement, dans le cas qui nous occupe, le créancier pourra être obligé de recevoir un paiement partiel, mais il se verra forcé de recevoir en paiement une chose autre que celle qui était l'objet de l'obligation. C'est donc une dérogation aux règles du droit commun. Aussi, quelques auteurs, parmi lesquels M. Baudry-Lacantinerie, refusent de l'étendre au-delà de l'hypothèse prévue par la loi. On peut compenser une dette de grains ou de denrées, dont le prix est fixé par les mercuriales, avec une dette d'argent liquide et exigible, parce que la loi l'a bien voulu ; mais on ne peut compenser ensemble deux dettes de grains ou de denrées remplissant les conditions exigées par le texte, parce que les exceptions sont de stricte interprétation et qu'on ne peut décider par analogie.

Nous avons le regret de n'être pas de l'avis du savant professeur. Selon nous, il faut moins s'attacher aux mots de la loi qu'à son esprit. Or, il est évident que le législateur a considéré les dettes de grains ou de denrées, dont le prix est fixé par les mercuriales, comme des dettes d'argent liquides, pouvant, comme telles, se compenser avec d'autres dettes d'argent, liquides aussi. S'il en est ainsi, pourquoi ne pourrait-on pas les compenser entre elles ? De plus, pour employer une formule arithmétique,

il est évident que deux choses, dont l'une est compensable avec une troisième, c'est-à-dire légalement identique à elle, sont nécessairement compensables entre elles : *quæ sunt eadem uni tertio sunt eadem inter se*.

On a prétendu aussi que le mot prestation, dont se sert la loi, était synonyme de redevances annuelles. Selon nous, le mot prestation est pris ici dans un sens général, il est synonyme de « objet de l'obligation », il ne faut donc pas le prendre dans le sens restreint qu'on a voulu lui donner. Notre opinion est confirmée par l'ancien droit, auquel a été empruntée la disposition de l'article 1291, al. 2. Dans le texte de Merlin, que nous avons cité un peu plus haut, cet auteur parle simplement de dettes, d'une manière générale, et, cette expression, il l'emprunte certainement aux jurisconsultes antérieurs, dont il cite la théorie. Nous ne voyons pas pourquoi les rédacteurs du Code civil auraient voulu donner un autre sens à une disposition qu'ils n'ont fait que copier. C'est aussi l'opinion de Marcadé qui admet la compensation, par exemple dans le cas où, vous devant une somme d'argent, vous seriez obligé, par le testament de votre père, à me livrer du blé pour une valeur égale (1). Et, si nous en croyons le dictionnaire du notariat, « cette opinion semble confirmée par la discussion au Conseil d'État (2). »

Certains auteurs ont voulu voir une exception à l'article 1291, al. 2, dans l'art. 129 du Code de procédure ainsi conçu : « Les jugements qui condamneront à une restitution de fruits, ordonneront qu'elle sera faite en

(1) Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. IV, p. 646, 6^e édit.

(2) Dictionnaire du notariat, *Compensation*, § 20, t. III, p. 429, 3^e édit.

nature pour la dernière année, et, pour les années précédentes, suivant les mercuriales du marché le plus voisin, eu égard aux saisons et aux prix communs de l'année; sinon, à dire d'experts, à défaut de mercuriales.» Evidemment, si le prix des denrées dues n'est pas déterminé par les mercuriales et qu'il faille le faire fixer par experts, la compensation n'a plus lieu de plein droit. Car tant que le prix n'est pas déterminé, on ne peut considérer la dette comme étant liquide; mais selon nous, dès que la fixation en aura été faite, la compensation se produira, car il y a alors les conditions voulues par la loi, la dette est devenue liquide, peu importe que ce soit par une expertise, mais il y aura compensation facultative. La discussion s'engage surtout à propos de l'article 129, quand il s'agit des restitutions que la loi déclare devoir être faites en nature. C'est aller contre la loi, dit-on, que d'admettre la compensation de ces restitutions en nature avec une dette d'argent. Aussi nos adversaires admettent-ils la compensation pour celles des restitutions qui doivent se faire en valeurs, d'après le prix fixé par les mercuriales, mais pas pour les autres. Nous ne comprenons pas qu'on ait pu soutenir une pareille théorie. L'article 129 s'occupe du paiement effectif; il se fera en nature pour la dernière année, en argent pour les années précédentes. Mais l'article 129 ne s'occupe pas du tout des autres modes d'extinction des obligations. Quand il s'agira du paiement ordinaire, on l'appliquera à la lettre, de même que, dans les autres cas, le paiement doit consister dans l'apport de la chose due. Seulement, dès qu'il s'agit d'un autre mode d'extinction, de la compensation, par exemple, on appliquera les règles de cette dernière combinées avec l'article 129. De cette combinaison il ressortira ceci : la compensation se produira

entre les dettes d'argent en vertu de l'article 1291, al. 1, d'autre part, pour les restitutions en nature portant sur les denrées, dont le prix est fixé par les mercuriales, elle se produira alors en vertu de l'article 1294, al. 2. Donc l'article 129 ne déroge en rien à notre texte, il se combine parfaitement avec lui.

Un seul cas existe où l'on ne peut appliquer l'article 1291, al. 2, par la force même des choses, c'est quand les deux dettes dérivent d'un même contrat et sont la cause l'une de l'autre. Ainsi Primus achète du blé à Secundus pour un prix fixé entre eux, aucun des deux ne pourra refuser d'exécuter son obligation sous prétexte qu'il y a compensation. Il est inutile d'appuyer sur cette exception évidente pour tout le monde.

Deuxième condition : pour qu'il y ait compensation, il ne suffit pas que les deux créances aient pour objet des sommes d'argent ou une certaine quantité de denrées, il faut qu'elles soient liquides. On dit qu'une dette est liquide quand elle est certaine quant à son existence, et déterminée quant à son montant, *quum certum est an et quantum debeatur*. « Cette règle, tirée du droit romain, et particulièrement adoptée par la coutume de Paris, qui en a une disposition expresse dans l'article 105, est générale pour toute la France. Ainsi, une dette litigieuse, un droit incertain, une prétention douteuse et non réglée, un compte qui n'est pas arrêté, une obligation conditionnelle n'empêcheraient pas l'exécution et les poursuites que feraient le créancier pour une dette claire et liquide, et ne pourraient valablement se proposer pour compensation ; car si l'une des deux dettes seulement est claire et liquide, et que l'autre soit sujette à contestation, ce n'est plus alors le cas de la compensation, mais simplement de

la reconvention; action dont l'objet est de faire constater et reconnaître la dette (1). » Il faut donc que la dette, que l'on veut invoquer pour la compensation, soit d'abord certaine. C'est pourquoi une dette sous condition suspensive ne peut se compenser avec une dette certaine et déterminée, car, tant que la condition ne se sera pas accomplie, il y aura incertitude sur l'existence de la dette, il n'y aura qu'une *spes debitum iri*.

De même une dette, dont l'existence serait contestée par le débiteur, ne pourrait donner lieu à la compensation, à condition toutefois que cette contestation soit sérieuse, car si, par esprit de chicane, ce débiteur niait effrontément une dette dont l'existence est certaine et le montant bien déterminé, le juge n'aurait qu'à passer outre et déclarer que la compensation s'est opérée.

De même encore, la jurisprudence a décidé que le débat qui s'élève aux fins de savoir si la créance a ou non un objet licite, rend cette créance non liquide (2).

En 1834, le sieur Lavallée, notaire à Nantes, céda son office au sieur Crouezand, moyennant une somme de 410.000 francs portée à 485.000 en dehors du traité ostensible. Un jugement du tribunal de Nantes du 25 août 1846, confirmé par arrêt de la Cour de Rennes du 31 juillet 1847, annula la contre-lettre dans laquelle était stipulé le supplément de prix, et ordonna la restitution des sommes indûment payées au sieur Lavallée, en vertu du traité secret annulé. Ces sommes s'élevaient à environ 86.997 francs.

Les créanciers du sieur Crouezand, qui, depuis, était tombé en déconfiture, poursuivirent la répétition de cette

(1) Merlin, *Rep. de jur.*, t. II, p. 634.

(2) Cass. rejet, 1^{er} juillet 1851. (D. 1851, 4, 492.)

somme, au nom de leur débiteur. Le sieur Lavallée opposa « qu'il y avait lieu de faire compensation de diverses créances dont le sieur Crouezand était son débiteur », et qui résultaient : l'une, de comptes courants, et une autre d'un jugement de condamnation du tribunal de commerce de Nantes du 11 juin 1845. Les créanciers répondirent que la compensation était inadmissible, parce que ces créances provenaient, en partie, de la convention stipulée en dehors du traité ostensible de cession d'office et qu'elles n'étaient ni liquides, ni exigibles.

Un jugement du tribunal de la Seine, du 9 juin 1849, accueillit, en effet, l'action en répétition, après avoir écarté en ces termes l'exception de compensation : « Attendu que, pour qu'il y ait lieu à compenser deux dettes, il faut qu'elles existent simultanément, et qu'elles soient également liquides et exigibles ; — qu'il n'en est point ainsi dans l'espèce, puisque, d'une part, le droit des créanciers Crouezand résulte des jugement et arrêt passés en force de chose jugée ; — qu'il est, dès lors, parfaitement liquide ; tandis que celui que réclame Lavallée ne pourra être déterminé d'une manière positive que lorsqu'il s'agira de régler la contribution ouverte sur le prix de la charge dudit Crouezand ; que c'est alors seulement que naîtra et sera connu dans son étendue le droit de créance qui pourra appartenir à Lavallée... »

Le jugement fut confirmé en appel, et un pourvoi intenté par le sieur Lavallée fut rejeté par la Cour de cassation.

Enfin, pour qu'une dette soit liquide, il faut qu'elle soit certaine, quant à son montant. Quand il y a contestation à ce point de vue, c'est au juge à reconnaître si la dette est liquide ou non. S'il lui semble que des difficultés

sérieuses s'élèvent, capables d'amener un grand retard, il se refusera à déclarer qu'il y a eu compensation et donnera gain de cause au créancier qui poursuit, sauf à réserver les droits du débiteur, qui a voulu invoquer en compensation une créance non liquide. Mais si, au contraire il semble facile au juge de déterminer le montant de la créance qu'a le débiteur contre son créancier, créance qu'il veut compenser, il opérera la liquidation de laquelle résultera la compensation. « Si néanmoins le litige élevé sur la question de liquidité n'était ni fort compliqué, ni difficile à résoudre, le juge pourrait, dans ce cas, accorder un bref délai pour cette discussion, sans préjudicier au créancier auquel la compensation est opposée (1). » Et Merlin, pour appuyer son opinion, cite le droit romain, et Pothier : « C'est ainsi qu'on le pratiquait dans le droit romain, de qui nous avons emprunté toutes nos règles concernant la compensation ; témoin la loi 24, § 1^{er}, de *compensationibus*.... *Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa ex qua compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata*. Ces derniers mots *et non multis ambagibus innodata* font clairement entendre qu'il n'est pas défendu aux juges, devant lesquels on oppose en compensation des dettes qui, au premier coup d'œil, ne paraissent pas liquides, de prendre des mesures pour voir si elles ne pourraient pas être liquidées promptement, etc.... » Merlin cite ensuite le passage du traité des obligations de Pothier, n° 392 : « Il faut que la dette, qu'on oppose en compensation soit liquide. Une dette est liquide lorsqu'il est constant qu'il est dû et combien il est dû.... Une dette contestée n'est donc pas liquide et ne peut

(1) Merlin, p. 633.

être opposée en compensation, à moins que celui qui l'oppose n'en ait la preuve à la main, et ne soit en état de la justifier promptement et sommairement (1). »

Ces idées, si justes et si conformes à l'équité, ne sont pas celles de la majorité des auteurs modernes. Parmi ceux-ci, MM. Marcadé et Baudry-Lacantinerie se refusent à accepter la possibilité d'une compensation « lorsque la fixation du *quantum* d'une dette dépend d'un règlement de compte ou d'une estimation, bien que son existence soit d'ailleurs certaine (2). »

Mais la pratique et la jurisprudence se montrent moins rigoureuses et en même temps plus justes. D'après elles, « une dette peut être réputée liquide, s'il est facile de la liquider sans retard (3). »

Troisième condition : Une troisième condition est exigée par la loi ; l'exigibilité des dettes à compenser. Il ne suffit donc pas qu'elles soient liquides, il faut qu'elles soient échues. Cette condition se comprend facilement ; le législateur considère la compensation comme un paiement réciproque ; or, pour que le paiement puisse être effectué, il faut que la dette soit exigible.

C'est pourquoi le terme empêche la compensation, car une dette à terme n'est pas exigible. Il y a exception pour le terme de grâce. « Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation », dit l'article 1292. La raison en est facile à donner. Le terme de grâce n'est autre chose qu'un délai accordé, pour le paiement, au débiteur malheureux, qui se trouve dans l'impossibilité d'exécuter son engagement, sans qu'il y ait faute de sa part. La com-

(1) Merlin, id., pp. 635 et 636.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. II, p. 779, 3^e édit.

(3) Dict. not., t. III, p. 430, et Cass., 6 juin 1811.

pensation, opérant paiement sans qu'on ait besoin de rien donner, aura donc lieu malgré le terme de grâce.

Une dette conditionnelle ne pourra pas non plus se compenser avec une dette exigible. Car, tant que la condition n'est pas accomplie, on ne sait même pas s'il y aura dette, l'obligation n'existe pas encore et l'on ignore si elle existera jamais. Il est évident, que nous entendons parler ici de la condition suspensive. S'il s'agissait d'une condition résolutoire et que la dette soit exigible, la condition n'empêcherait pas la compensation de s'opérer. Seulement si plus tard la condition résolutoire vient à s'accomplir la compensation sera considérée comme n'ayant pas eu lieu, puisque la dette conditionnelle est réputée elle-même n'avoir jamais existé. L'autre créance revivra comme si jamais elle n'avait été éteinte par une compensation.

Quand une dette non exigible, à raison du terme, est devenue exigible par application de l'art. 1188 parce que le débiteur a diminué les sûretés données par le contrat au créancier, la compensation, n'ayant pas lieu de plein droit, s'opère-t-elle du jour où la déchéance a été encourue ou seulement du jour du jugement qui prononce cette déchéance ?

La question est discutée. Mais avant d'entrer dans la controverse, nous remarquerons que tout le monde est d'accord pour admettre que la compensation n'a pas lieu de plein droit, car une discussion est nécessaire pour savoir si le débiteur a ou n'a pas diminué les sûretés : un jugement devra intervenir.

D'après les uns, la compensation aurait lieu, non pas à partir du jour du jugement, mais du jour où la demande tendant à faire prononcer la déchéance du terme, aurait été formée. « La créance ne devient exigible, dit M. Lau-

rent (1), et partant compensable, qu'en vertu du jugement. Seulement, comme tout jugement rétroagit au jour de la demande, la créance devient exigible à partir de la demande tendant à faire prononcer la déchéance du débiteur. « Cette opinion n'est pas celle de la plupart des auteurs : on admet, en général, et avec raison, selon nous, que la compensation ne peut avoir lieu qu'à partir du jugement. « Quant à la déchéance du bénéfice du terme, fondée sur la circonstance que le débiteur a diminué par son fait les sûretés données au créancier, elle ne rend la créance exigible, et par suite susceptible d'entrer en compensation, qu'à partir du jugement qui prononce cette déchéance (2). » En effet, il s'agit ici d'un jugement qui crée une situation nouvelle, en prononçant la déchéance du débiteur, d'où découle comme conséquence l'exigibilité de la dette.

Il en serait de même, et pour les mêmes raisons, dans le cas où la déchéance du bénéfice du terme encourue par le débiteur aurait pour cause, non plus la diminution des sûretés données au créancier, mais la déconfiture. Car nous verrons plus loin, à propos de ceux qui peuvent opposer la compensation, que la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à ne pas assimiler la déconfiture à la faillite.

Que faut-il décider dans le cas d'une dette prescrite, dont le débiteur n'a pas encore opposé la prescription ? A cette question, Marcadé fait la réponse suivante : « On décide généralement que la compensation n'aura pas lieu et nous nous rangeons à cette opinion. Il est vrai qu'une dette ne s'éteint pas de plein droit par le seul fait de

(1) Laurent, p. 430.

(2) Aubry et Rau, *déj. cit.*, pp. 228 et 229.

l'accomplissement de la prescription ; mais comme on a toujours admis à Rome et dans notre ancien droit que la compensation n'a pas lieu pour les dettes contre lesquelles le débiteur peut opposer une exception péremptoire, et que rien ne donne lieu de penser que nos rédacteurs aient entendu changer cette ancienne règle, on doit croire que par dettes exigibles, ces rédacteurs ont compris celles dont le paiement peut être efficacement exigé. (1). Nous ne partageons pas cette opinion qui ne nous semble pas conciliable avec le système de la compensation légale. La compensation, d'après le Code civil, s'opère à l'insu des parties, dès que les deux dettes coexistent liquides et exigibles. Or, qu'on ne vienne pas nous dire que la dette sujette à prescription ne peut être compensée sous prétexte qu'elle est paralysée par une exception péremptoire. De deux choses l'une : ou bien la prescription a été invoquée, et alors, l'une des dettes étant éteinte avant la naissance de l'autre, il ne peut être question de compensation, puisqu'alors il n'y a plus réellement qu'une dette, ou bien la prescription n'a pas encore été invoquée, et alors les dettes coexistent et se compensent aussitôt, la prescription est rendue impossible comme elle l'aurait été à la suite d'un paiement. Tel est, à notre avis, le résultat auquel aboutissent les vrais principes. Qu'on ne nous objecte pas qu'une des dettes n'est pas exigible, parce qu'on peut lui opposer une exception péremptoire : l'objection aurait de la valeur si nous étions encore sous l'empire des lois romaines, où la compensation, étant judiciaire, on pourrait alors faire valoir les exceptions. Mais, dans le Code civil, il en est tout autrement : la

(1) Marcadé, t. IV, p. 647.

compensation légale, aux yeux du législateur, s'opère de plein droit, par elle-même, sans le secours de l'homme ; c'est la loi qui effectue le paiement et non les parties. C'est à la partie, dont la dette est éteinte par la prescription, à être diligente et à faire valoir ses droits à temps. De plus, qui dit qu'elle aurait consenti à se prévaloir de la prescription, qui, tout en étant un moyen légal, n'en est pas moins un moyen malhonnête ?

On décide généralement qu'une dette de jeu ne peut se compenser avec une autre dette, parce qu'elle n'est pas exigible, aucune action n'étant donnée pour son recouvrement. Malgré ces raisons, nous éprouvons quelques hésitations. En effet, s'il est vrai qu'aucune action n'est donnée, pour obtenir le paiement d'une dette de ce genre, il n'en est pas moins vrai qu'elle donne naissance à une obligation naturelle, dont l'effet sera d'empêcher la répétition au cas de paiement. Or, la compensation, d'après la loi, n'est qu'un paiement, un paiement fictif, si l'on veut, mais enfin un paiement.

Ne pourrait-on pas dire que la loi opérant elle-même ce paiement par la compensation, les deux dettes sont éteintes ? Le résultat serait assez bizarre : la loi effectuant elle-même le paiement d'une créance que, par défaveur, elle a privé d'une action !

Quatrième condition : Il faut que les dettes à compenser soient personnelles aux parties en cause : « Le créancier de l'une des obligations doit être le débiteur personnel et principal de l'autre obligation ; et, réciproquement, le créancier de celle-ci doit être le débiteur principal et personnel de celle-là » (1).

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, p. 229.

Cette condition, qui paraît simple, présente néanmoins des difficultés, où l'accord est loin d'exister entre les interprètes. C'est ainsi que s'est présentée la question de savoir si le mari peut opposer en compensation à son créancier personnel les créances dotales que sa femme a contre ce créancier ? La jurisprudence s'est décidée pour l'affirmative. Un arrêt de la Cour de Limoges du 19 février 1862 est ainsi conçu : « Attendu que, Marguerite Deschamps étant mariée sous le régime dotal, suivant son contrat de mariage du 14 janvier 1828, Mathieu Peyrat, son mari, a eu, sur sa dot mobilière, les pouvoirs les plus étendus d'administration et de disposition ; qu'ayant le droit de recevoir et de quittance les deniers dotaux, d'après les articles 1549 et 1550, C. Nap., il a eu également celui de les compenser avec sa propre dette, sous sa responsabilité personnelle, et sauf les garanties hypothécaires et autres destinées à assurer à la femme le remboursement de sa dot. » (1) Selon nous, la jurisprudence est dans l'erreur. En effet, sous le régime dotal, la femme reste propriétaire de tous ses biens, surtout des biens dotaux, le mari n'en est que l'administrateur et l'usufruitier ; c'est la femme qui est créancière des créances dotales, et non le mari ! Il est donc évident que le mari ne peut opposer en compensation une créance qui ne lui appartient pas.

En vain voudrait-on nous objecter que le mari, ayant à exercer toutes les actions de la femme, est créancier et non pas administrateur. Il y a une grande différence entre exercer un droit et en être propriétaire : l'exercice d'une action rentre très bien dans les limites données aux pouvoirs d'un administrateur.

(1) Limoges, 19 février 1862.

De ce qu'un tuteur exerce les actions de son pupille, il n'est jamais venu à l'idée de personne d'en conclure qu'il était propriétaire du droit. Pourquoi en serait-il autrement du mari dans le cas qui nous occupe ? N'exerce-t-il pas aussi les actions immobilières, et, pourtant, est-il propriétaire des immeubles dotaux ? Comme le dit fort bien M. Laurent, « le droit d'agir ne donne pas la propriété du droit qui est réclamé (1). » De ce que le mari peut exiger le remboursement d'une créance, il ne s'ensuit pas qu'il soit créancier : il ne peut donc pas l'opposer en compensation.

Qu'on ne vienne pas non plus nous objecter que le mari est usufruitier des biens de la femme, et que, comme tel, il devient propriétaire des choses consommables : ce serait une grave confusion. Ce serait confondre la créance avec les espèces monnayées qu'elle peut procurer ; ce serait confondre le droit avec le produit du droit. Le mari devient propriétaire des espèces après le paiement, c'est vrai ; mais quand on parle de compensation il s'agit des créances elles-mêmes, des droits, choses immatérielles, qui restent la propriété de la femme et que, par suite, le mari ne peut invoquer pour se libérer de ses dettes à l'égard d'un tiers.

C'est encore en vertu de cette condition que nous déciderons que le débiteur d'une société commerciale ne pourrait opposer en compensation la créance qu'il aurait contre un associé. La raison en est que les sociétés commerciales, en général, constituent des personnes morales qui ont une existence propre, en dehors des associés. Pour qu'il y ait compensation, il faudrait que le débiteur

(1) Laurent, pp. 434 et 435.

de la société ait une créance contre la société, personne morale, et non contre un associé. Il en serait autrement des sociétés civiles, celles-ci ne constituant pas de personne morale, à notre avis.

Quand une de ces quatre conditions fait défaut, il peut y avoir lieu à la compensation facultative. Il suffit que celle des parties dont la dette ne remplit pas les conditions voulues consente à la compensation en réalisant celle des conditions qui faisait défaut, la compensation s'opérera alors, même contre le gré de l'autre partie.

SECTION II. — Dans le projet de Code civil allemand.

Bien que le système allemand soit tout à fait différent du nôtre au point de vue de la compensation, bien que des différences très grandes existent relativement à la notion même, que se sont formées les deux législations, de ce mode d'extinction des obligations, puisque l'une admet la compensation légale et l'autre la compensation de droit de rétention renforcé, il n'en est pas moins vrai que toutes deux exigent les mêmes conditions pour l'exercice de la compensation, sauf ce que nous verrons pour la liquidité (Art. 281).

Le Code allemand, comme le Code français, veut que les deux dettes à compenser soient personnelles aux parties qui s'en prévalent, il veut aussi qu'il y ait identité d'objet entre ces dettes, du moins au moment où l'on veut les opposer l'une à l'autre, peu importe qu'à un autre moment elles aient eu des objets différents. Qu'une

dette de corps certain, par exemple, se change en dette de somme d'argent par suite d'une cause quelconque, si l'autre dette a pour objet, elle-même, une somme d'argent, la compensation sera possible dès cette transformation.

Le Code allemand exige aussi que les deux dettes soient exigibles, mais il apporte à cette règle une exception remarquable qui découle tout naturellement de la nature de la compensation, et relative au cas de faillite. Nous l'étudierons dans le chapitre suivant, où nous traiterons des personnes qui peuvent opposer la compensation.

Quant à la liquidité, elle est passée sous silence.

« Pour qu'il y ait compensation, dit Brinz, il faut que la créance et la contre-créance aient des objets de même nature, tellement de même nature qu'on puisse compter avec eux comme avec de simples nombres. Alors seulement on peut parler de compensation, alors seulement on peut admettre la fiction qui consiste à considérer chacune des parties comme s'étant payée elle-même avec ce qu'elle doit à l'autre et en renonçant de poursuivre cette autre. Mais une pareille identité n'est possible qu'entre créances de quantités... Les créances, paralysées par des exceptions péremptoires, ne peuvent se compenser. De même les créances à terme; mais par contre, les créances échues, celles qui sont seulement soumises au terme de grâce, les créances exigibles, les créances non pourvues d'action, mais garanties par une exception, peuvent se compenser... De plus, pour qu'il y ait compensation, il ne suffit pas que les dettes aient des objets de même nature, il faut qu'elles soient déterminées, *certa pecunia* (1) ».

(1) Brinz, *Pandectes*, t. II, § 287.

Parmi les conditions énumérées par Brinz, nous ne voyons pas la liquidité. Le projet l'a imité, il n'exige pas la liquidité, et avec raison, à notre avis. Car, dès que le débiteur se trouve avoir une créance sur son créancier, peu importe que le montant en soit déterminé ou non, il peut faire une imputation de paiement, sauf à liquider plus tard. Avec le système allemand, qui considère la compensation comme un droit de rétention, la logique seule suffisait pour en faire décider ainsi. Le droit de rétention s'exerce, pour chaque partie, sur ce qu'elle a entre les mains pour payer l'autre, la dette devient la garantie de la contre-créance et réciproquement, il y a comme une saisie sur le tout, une saisie provisoire dont on déterminera l'étendue par une liquidation, quand on voudra la rendre définitive pour aboutir à la compensation. Ainsi, si l'on peut s'exprimer ainsi, nous dirons que la saisie-rétention porte sur la totalité de ce qu'une des parties a entre les mains et qui doit revenir à l'autre pour se transformer en saisie-compensation, on opérera une liquidation, et chacun des créanciers sera réputé s'être payé rétroactivement, à partir du jour où il a eu les valeurs en mains. Et alors, si l'on est obligé de recourir au juge pour faire cette liquidation, le défaut de liquidité n'étant pas en Allemagne un empêchement de droit, mais un simple obstacle de fait, l'office du juge consistera à déterminer le montant de la dette non liquide et à déclarer que la compensation s'est accomplie dans telle proportion. Nous sommes loin de la compensation légale. Le Code civil français, en admettant la compensation s'opérant de plein droit, à l'insu des parties, dès que les dettes coexistent, était presque forcé, pour être logique, de faire de la liquidité une condition essen-

tielle. Mais alors, quand cette condition fera défaut, la compensation n'aura pas lieu de plein droit. Il faudra, si les parties ne sont pas d'accord, avoir recours au ministère du juge pour rendre la dette liquide. Mais dans sa sentence, le juge ne pourra pas déclarer que la compensation s'est opérée, il ne pourra que la prononcer, et son jugement, seulement, opérera la compensation, il ne sera pas déclaratif, mais créateur d'une situation nouvelle. Les conséquences de ce système pourront être funestes à l'une des parties, surtout si l'autre est en état de faillite. La compensation deviendra impossible, et le débiteur du failli se verra obligé de payer la totalité de sa dette, tandis que sa créance sera soumise à la loi du dividende. Nous verrons plus tard que la jurisprudence essaie de parer à ces inconvénients, mais les détours qu'elle est obligée de prendre pour y arriver prouvent une fois de plus la défectuosité de notre loi au point de vue de la compensation.

CHAPITRE III

QUI PEUT OPPOSER LA COMPENSATION ?

SECTION I. — D'après le Code civil français.

La règle générale est la suivante : dès qu'un débiteur a une créance sur son créancier, si les deux dettes ont pour objet des choses fongibles de même nature et sont liquides et exigibles, la compensation s'opère de plein droit. Les deux dettes s'éteignent réciproquement jusqu'à concurrence du montant de la plus faible. Tel est le principe : il n'offre aucune difficulté.

Mais la loi y apporte de nombreuses exceptions qu'il nous faut passer en revue, et dont nous aurons à étudier la portée et la valeur.

Au premier plan, nous trouvons l'article 1293, ainsi conçu : « La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre des dettes, excepté dans le cas :

1^o De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé ;

2^o De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage ;

3° D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables.

1° Quand un débiteur est poursuivi en restitution d'une chose qu'il a dérobée, d'une chose dont il a dépouillé injustement, c'est-à-dire sans droit, le propriétaire qui agit contre lui, la loi ne permet pas que ce débiteur échappe à la restitution en opposant au poursuivant une obligation que celui-ci peut avoir à son égard, et qui, en temps ordinaire, conduirait à une compensation. Ainsi Primus a dérobé une certaine somme d'argent à Secundus qui lui doit lui-même une somme d'argent. Ce dernier poursuit Primus pour se faire restituer, Primus ne pourra pas s'y refuser en invoquant la compensation. Il devra commencer par rendre ce qu'il a dérobé, sauf à poursuivre ensuite Secundus pour l'exécution de son obligation. C'est une application de l'ancienne règle : *spoliatus ante omnia restituendus*.

2° Quand un déposant réclame au dépositaire la chose donnée en dépôt, ce dernier ne peut s'y refuser, sous prétexte de compenser son obligation avec celle que peut avoir le déposant vis-à-vis de lui. Il est évident que notre texte est trop large en parlant du dépôt en général; il ne peut être question ici, en matière de compensation, que du dépôt irrégulier, c'est-à-dire de celui qui consiste à remettre, entre les mains du dépositaire, des choses qu'il n'est pas tenu de rendre elles-mêmes, mais d'autres de mêmes espèces. Ainsi, je vous ai remis en dépôt dix sacs de blé avec obligation, pour vous, non pas de me remettre ces dix sacs de blés eux-mêmes, mais dix sacs de blé quelconque. Plus tard, je viens à vous devoir cinq sacs de blé. Eh bien! la loi ne permet pas qu'alors, vous m'opposiez la compensation jusqu'à concurrence de ces

cinq sacs, pour me refuser la restitution d'une partie de mon dépôt. Il en était déjà ainsi en droit romain et dans notre ancien droit. Merlin cite un arrêt du 12 mai 1780, qui applique cette théorie, il nous fait connaître, en outre, les arguments qu'il donna lui-même dans sa plaidoirie pour aboutir à ce résultat : « L'équité, y est-il dit, peut-elle souffrir qu'un créancier retienne, par forme de compensation, les deniers qu'il s'est procurés par une promesse solennelle de les remettre? Non : c'est l'équité elle-même qui a introduit la compensation; c'est donc par l'équité que l'usage doit en être réglé, et conséquemment elle doit cesser dans tous les cas où elle ne pourrait avoir lieu sans blesser la bonne foi. Or telle est précisément l'espèce de cette cause (1). » Il s'agissait du cas dont nous nous occupons. Puis, continuant son idée, Merlin disait encore : « Quelque faveur que les lois civiles accordent à la compensation, elles ne veulent cependant pas qu'elle puisse jamais être admise par le juge dans les contrats nés de la confiance comme le dépôt et le prêt à usage. *In causa depositi, compensationi locus non est*, porte une des sentences du jurisconsulte Paul, confirmée par la loi dernière, C. de compensationibus. La loi 4, C. de commodato, n'est pas moins expresse : *prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur* (2). »

L'article 1293 parle du prêt à usage en même temps que du dépôt. Il déclare que celui qui doit restituer la chose qu'il détient en vertu d'un prêt à usage, ne peut en refuser la restitution en invoquant la compensation. Déjà Merlin en parle dans le passage que nous venons de citer, il parle du prêt à

(1) Merlin, *Rép. de jur.*, t. II, p. 639.

(2) Merlin, *id.*

usage en même temps que du dépôt au point qu'on croirait que cette association des deux contrats dans l'article 1293 résulte de leur rapprochement fait par Merlin. Cette extension au prêt à usage de la disposition relative au dépôt est tout à fait inutile, car il y a incompatibilité en quelque sorte. En effet, dans le prêt à usage, celui qui détient l'objet doit le rendre tel, ce n'est pas une chose identique qu'il devra remettre, mais la chose prêtée elle-même. Par conséquent, la fongibilité, une des conditions essentielles pour qu'il y ait compensation, fait complètement défaut, en vertu même de la nature du prêt à usage. Donc, il ne peut être question de compensation là où elle est impossible. On comprendrait la loi, si elle parlait du prêt de consommation.

3°. Quand une des dettes a pour objet des choses déclarées insaisissables, la compensation ne peut avoir lieu. Cette disposition se comprend sans difficulté, la simple logique l'a dictée. Car, la compensation n'étant qu'un paiement aux yeux du législateur, un paiement forcé la plupart du temps, tellement forcé que parfois elle oblige un créancier à ne recevoir qu'un paiement partiel et même à recevoir autre chose que l'objet même de sa créance (1), la compensation légale, du moins, pouvait aboutir, dans le cas prévu par notre article, à un paiement forcé, à une sorte de saisie. Or la loi, ayant déclaré certaines choses insaisissables (2), elle ne pouvait se contredire en acceptant la compensation de ces choses. Le texte est donc trop étroit quand il ne parle que d'aliments, il faut l'étendre, à notre avis, à toutes les choses déclarées insaisissables par la loi, car le motif reste le même.

(1) Art. 1294, § 2.

(2) Art. 581, *Code de procédure*.

Merlin exprimait déjà la même idée que la loi, mais y apportait une restriction : « Il faut observer, dit-il, que ce n'est qu'à l'égard des aliments à venir, laissés par testament ou autrement, que la compensation ne peut être opposée, parce qu'elle serait contraire aux intentions du testateur ou de celui qui les a donnés. Mais il en serait autrement à l'égard des aliments du temps passé ; ceux-ci n'ont point de privilège, parce que celui à qui ils sont dûs, ayant été nourri et ayant vécu d'ailleurs, ce qui peut lui être dû d'arrérages de sa pension alimentaire, n'a plus pour cause la nécessité de sa subsistance, et ne mérite plus de faveur (1). » Le Code civil aurait eu raison, à notre avis, de disposer ainsi, le bon sens est d'accord avec cette restriction ; mais, dans le silence de la loi, il nous paraîtrait difficile de la mettre en application et de décider comme Merlin, relativement aux aliments du temps passé.

L'article 1294 s'exprime de la manière suivante : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. »

L'article 1294 est une disposition qui s'explique par la nature même du cautionnement. Quand une personne s'engage à payer à la place d'une autre, pour le cas où celle-ci ne pourrait exécuter son obligation, il est évident que son engagement est soumis à une condition *sine qua non*, c'est que l'obligation qu'elle garantit existera

(1) Merlin, p. 648.

encore au moment où on lui en demandera l'exécution, à défaut du principal obligé. Or, ici, quelle est l'hypothèse prévue par notre texte ? Il suppose que Primus a contre Secundus une créance pour le paiement de laquelle Tertius s'est engagé comme caution. Si Secundus paie, il est évident que la créance est éteinte et que l'obligation de Tertius de garantir cette créance disparaît avec elle, car on ne peut garantir le néant. Or la compensation, n'étant autre chose qu'un paiement aux yeux du législateur, l'effet sera le même, c'est-à-dire que la caution sera libérée. Tel est le sens de l'alinéa 1^{er} de l'article 1294. Quant à l'alinéa 2, nous avons deux cas à étudier. Dans le premier cas, nous supposons que les choses sont encore en état, c'est-à-dire que ni le débiteur principal, ni la caution n'ont encore payé. La caution devient elle-même créancière du créancier, dont elle garantit la créance : la loi décide que le débiteur principal ne pourra opposer la compensation, et c'est logique, car la caution n'est pas la débitrice personnelle et principale de l'autre obligation (1). L'engagement qu'elle a contracté n'est qu'accessoire, c'est pourquoi la compensation ne peut pas s'opérer de plein droit, en vertu de la loi. En effet, la caution ne s'est engagée à payer à la place du débiteur qu'à une condition, c'est que le débiteur ne paiera pas. Le créancier, avant d'exiger d'elle un paiement, doit discuter le débiteur principal dans ses biens, et ce n'est qu'après cette discussion, de laquelle il pourra ressortir que celui-ci est insolvable, que la caution deviendra débitrice réellement, et ce n'est, par conséquent, qu'à ce moment que la compensation deviendra possible. Autrement ce sera forcer la

(1) Aubry et Rau, *déj. cit.*, p. 230.

caution à payer sous forme de compensation alors qu'on ne peut encore exiger d'elle un paiement réel.

Toutefois, il nous faut examiner une hypothèse où le débiteur principal pourra opposer la compensation survenue du chef de sa caution. Supposons que le créancier s'adresse directement à la caution pour l'exécution de l'obligation, celle-ci, au lieu de renvoyer le créancier au débiteur principal, répondra à sa poursuite en lui opposant la compensation d'une créance qu'elle peut avoir elle-même sur le créancier, depuis son engagement. Il est évident qu'alors la situation sera la même que si la caution avait payé, l'obligation est éteinte et le débiteur principal peut s'en prévaloir, sauf le recours que la caution a contre lui. Il est vrai que, dans ce dernier cas, ce ne sera pas la compensation légale qui aura lieu, mais la compensation facultative; peu importe, l'effet sera le même, tous les coobligés seront libérés; en supposant qu'il y ait d'autres cautions, leur libération s'opèrera comme à la suite d'un paiement.

Le dernier alinéa de notre article déclare que, lorsqu'il y a plusieurs codébiteurs, solidaires l'un d'eux ne peut invoquer la compensation qui se serait produite du chef d'un des autres codébiteurs.

La loi ici s'explique mal, ce qu'elle dit sera faux quand le codébiteur, à l'égard de qui s'est produite la compensation, aura été poursuivi par le créancier et se sera prévalu de l'extinction de la créance. A partir de ce moment, il est évident que l'obligation est éteinte et que tous les coobligés pourront en profiter. Il faut supposer, pour expliquer notre texte, que l'un des codébiteurs a, contre le créancier, une créance remplissant toutes les conditions voulues pour que la compensation s'opère sans

qu'il l'ait encore opposée. Et même ici, la loi va à l'encontre du principe même de la compensation légale ; elle est obligée de déroger à la règle de l'extinction des créances, par le seul fait de leur coexistence, avec les conditions exigées. Car si l'on raisonnait avec rigueur, il faudrait dire : Dès que les deux dettes ont coexisté, ayant des objets fongibles entr'eux, liquides et exigibles, elles se sont détruites réciproquement ; or, l'obligation étant éteinte, il ne peut plus y avoir d'obligés. Le texte de l'article 1294, § 3, déroge donc à la règle que la compensation se produit de plein droit. Et alors, voici le cas qu'il prévoit : Primus a une créance sur Secundus et Tertius, qui se sont engagés solidairement. Dans la suite, Secundus vient à avoir sur Primus une créance, que nous supposons être d'un montant égal et remplissant toutes les conditions exigées pour la compensation. Primus, le créancier, poursuit Tertius, l'autre codébiteur solidaire ; celui-ci ne pourra repousser l'action, sous prétexte que l'obligation est éteinte par suite de la compensation qui s'est opérée du chef de Secundus : la loi met la compensation, au point de vue de la solidarité, au nombre des exceptions purement personnelles à l'un des codébiteurs dont parle l'article 1208 *in fine*. Pour expliquer cette disposition de la loi, on a donné diverses raisons, dont voici les principales. « Il est bien vrai que, dans l'obligation solidaire, chaque obligé est débiteur personnel et principal pour le total de la dette, mais c'est seulement en ce sens que le total pourra être demandé par le créancier à celui des débiteurs qu'il voudra choisir..... Ainsi, au lieu de définir la dette solidaire, celle dans laquelle le total est dû par chacun des obligés, on pourrait la définir plus exactement celle dans laquelle le total est dû par celui des obligés

auquel il plaira au créancier de le demander (1). » Ainsi donc, pour expliquer notre disposition, on a été obligé de dénaturer la solidarité. Car il est évident qu'on ne peut pas dire que les codébiteurs solidaires ne sont pas obligés chacun pour le tout, qu'un seul est obligé qu'on ne connaît pas tant que le créancier n'a pas exercé de poursuites ; cette explication est fausse, par rapport à la solidarité. Il ne faut pas essayer de concilier des textes inconciliables ; il faut reconnaître seulement qu'il y a ici une dérogation au principe de la compensation légale, comme nous l'avons dit précédemment. Nous préférons le motif suivant : « La règle de l'article 1294, § 3, est contraire au principe que la compensation se produit de plein droit ; les autres codébiteurs devraient être libérés, vis-à-vis du créancier, comme si celui qui a la compensation avait payé. On a expliqué la loi en disant qu'il n'était pas admissible que les autres codébiteurs puissent s'ingérer dans les affaires d'un des codébiteurs avec le créancier. De plus, il ne serait pas juste que le fait que l'un des codébiteurs obtient la compensation, charge ce débiteur du paiement total de la dette, malgré le créancier et malgré lui (2). » Cette explication nous convient mieux, elle reconnaît franchement l'exception au principe de la compensation légale et la motive autant qu'on peut la motiver. Toutefois on pourrait faire une objection. Ordinairement, en pratique, un seul des codébiteurs solidaires est intéressé à la dette ; nous rentrons alors dans l'hypothèse prévue par l'article 1216, ainsi conçu : « Si l'affaire, pour laquelle la dette a été contractée solidaire-

(1) Marcadé, t. IV, p. 654.

(2) M. Bufnoir, *Cours de code civil, 1889 et 1890, au sujet des obligations solidaires*.

ment, ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés, par rapport à lui, que comme ses cautions. » Or, si la compensation s'opérait du chef de ce débiteur que concerne seul l'affaire, ne pourrait-on pas déclarer que les autres codébiteurs, déclarés ses cautions par la loi elle-même, auront le droit d'opposer la compensation, en vertu de notre article 1294, § 1^{er}, où il est dit : la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur. » Il est clair qu'il y a une contradiction dans la loi et que le doute est inévitable. Néanmoins, en présence du texte formel de l'article 1294, § 3, nous n'osons pas nous déclarer pour l'affirmative.

Même pour le cas où tous les codébiteurs solidaires sont intéressés à l'affaire, on est d'accord pour reconnaître aussi que chacun d'eux est caution des autres pour ce qui dépasse sa part. C'était déjà cette théorie qui était acceptée dans les premiers temps du Code civil, comme le prouve un arrêt de la Cour d'Orléans du 2 juillet 1813, rapporté par Merlin. « Attendu que les codébiteurs solidaires ne peuvent être considérés comme cautions que pour la somme qui leur est demandée au-delà de celle dont ils sont tenus, à raison de la part qu'ils ont eue dans la cause de la dette (1). » Ici encore nous tiendrons le même raisonnement et nous arriverons à la même conclusion que pour le cas précédent.

L'article 1294 § 3, donne lieu à une autre difficulté qui fait l'objet d'une controverse entre les auteurs. Marcadé la présente sous cette forme : « De ce que la loi n'admet

(1) Merlin, *Question de droit*, t. IV, p. 29.

pas la compensation au profit d'un débiteur solidaire poursuivi par le créancier, en vertu de ce qui est dû à son codébiteur par ce créancier, faut-il en conclure que la compensation, dans ce cas, n'a pas même lieu pour la part et portion du codébiteur créancier dans la dette ; — ou bien faut-il dire que la disposition de notre article n'a entendu rejeter que la compensation du total de la dette ? (1). » La décision généralement adoptée, est que la loi a entendu rejeter seulement la compensation du total de la dette, mais non la compensation jusqu'à concurrence de la part du codébiteur devenu créancier du créancier. En effet, dit-on, avant d'être débiteur solidaire, c'est-à-dire obligé pour le tout, chacun des codébiteurs est certainement débiteur pour sa part contributoire dans la dette, il l'est nécessairement, en dehors de toute poursuite ; la compensation doit donc être possible dans les limites correspondantes à cet état. De plus, on n'admet pas cette compensation, on aboutira parfois à un circuit d'actions : il suffira, par exemple, d'une saisie-arrêt faite par le codébiteur, qui est créancier du créancier entre les mains de ce dernier au moment où il sortirait de le payer pour le forcer à les lui rendre. C'est pourquoi, dit-on, il faut se rendre à l'évidence ; nos anciens auteurs avaient accepté ; la compensation dans cette hypothèse en présence du silence de la loi, il faut adopter leur opinion. Malgré ces raisons, nous n'osons nous rallier à cette théorie. Sans doute, il y a là une lacune dans la loi, mais les termes de l'article 1294, § 3, sont si formels qu'on ne peut admettre aucune distinction.

Avant d'en finir avec l'article 1294, une dernière ques-

(1) Marcadé, t. IV, p. 635.

tion se présente. Faut-il considérer, au point de vue de la compensation, la caution solidaire comme un codébiteur solidaire ; autrement dit, est-ce l'article 1294, § 1, que nous appliquerons à la caution même solidaire, ou bien est-ce ce même article *in fine* relatif au débiteur solidaire ? La doctrine n'est pas uniforme. Certains auteurs veulent assimiler complètement la caution solidaire au codébiteur solidaire. « Les obligés, dans ce cas, dit Marcadé, ne sont débiteur principal et caution que dans leurs rapports entre eux, et non pas vis-à-vis du créancier, pour lequel il n'y a alors que des codébiteurs solidaires, l'article 1216 déclare que si la dette solidaire ne concerne que l'un des co-obligés, celui-ci est tenu de toute la dette vis-à-vis des codébiteurs qui ne seront considérés, par rapport à lui, que comme ses cautions ; l'article 2021 dit à son tour que quand la caution s'est engagée solidairement, l'effet de son engagement se règle par les principes établis pour les dettes solidaires. La caution ne cesse pas d'être caution par rapport au coobligé ; mais elle cesse de l'être pour devenir codébiteur solidaire, par rapport au créancier (1). » L'argument ne nous paraît pas décisif. Car si une personne, en s'engageant comme codébiteur solidaire, dans le cas prévu par l'article 1216, est considérée comme caution de l'autre codébiteur, et comme débiteur solidaire par rapport au créancier ; si, d'autre part, en s'engageant comme caution solidaire, à l'égard du créancier, elle est considérée encore comme caution par rapport à son coobligé, mais comme débiteur solidaire à l'égard du créancier, alors où est la différence, pour celui qui s'engage, entre le cas où

(1) Marcadé, t. IV, p. 656.

il se déclare débiteur solidaire et celui où il se déclare caution solidaire ? Il n'y en aura aucune ; dans les deux cas, il est caution de son coobligé ; dans les deux cas, il est débiteur solidaire à l'égard du créancier. Il est évident que le raisonnement est faux. Il est faux, précisément, parce qu'on veut s'obstiner à ne pas voir que, malgré la solidarité, la caution conserve toujours quelque chose de son caractère de caution. La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 juin 1882 (1), a posé comme règle que l'article 2021 établit comme principe absolu que la caution solidaire doit être considérée comme codébiteur solidaire. Nous ne sommes pas de cet avis. Qu'on donne à l'article 2021 la portée que l'on voudra, on sera toujours forcé d'admettre des restrictions, car la solidarité ne peut faire disparaître les conséquences du caractère accessoire de la caution. Et alors, quel sera l'effet de la solidarité attachée au cautionnement ? Dans quelle mesure cette caution solidaire se rapproche-t-elle du codebiteur solidaire qui s'est engagé pour la dette d'autrui ? L'effet certain que les parties ont eu principalement en vue, dans cette solidarité de la caution, c'est que la caution renonce au bénéfice de discussion, et, de plus, au bénéfice de division quand il y a plusieurs cautions. Voilà où est l'intérêt pour le créancier d'avoir une caution solidaire au lieu d'une caution simple. Mais de là à assimiler la caution solidaire au codebiteur solidaire, il y a loin. L'erreur de la jurisprudence, en cette matière, serait un contre-coup de l'erreur de la pratique, d'après M. Bufnoir : « La chose fâcheuse en cette matière, dit-il, c'est que le style habituel des notaires accumule les expressions qui tendent à rap-

(1) D. 1882, 4, 441.

procher la caution solidaire du codébiteur solidaire (1). » Du reste, la jurisprudence elle-même a renié sa théorie trop absolue ; c'est ainsi qu'elle admet que l'éviction du créancier, au cas de dation en paiement, libère la caution solidaire ou non (art. 2038). C'est donc que, dans certains cas, la caution, même solidaire, doit être considérée avant tout comme caution, elle doit l'être au cas de compensation. C'est donc l'article 1291, § 1, que nous lui appliquons.

En matière de faillite, la compensation mérite une étude particulière. D'après l'article 444 du Code de commerce, « le jugement déclaratif de faillite rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues ». Si l'un des créanciers du failli a envers lui une dette remplissant les conditions nécessaires à la compensation, faut-il admettre que cette compensation s'opèrera ? Merlin nous fait connaître, qu'à l'origine, des divergences se produisaient dans la jurisprudence. Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 6 février 1808 avait admis la compensation, il fut cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 1811. Le rapporteur motivait ainsi la décision : « Vu l'article 1291 du Code Napoléon, les articles 443 et 446 du commerce, attendu que les articles ci-dessus rapportés, qui ne font que rappeler les dispositions des lois anciennes, exigent, pour opérer la compensation de deux créances, qu'elles soient également liquides et exigibles, qu'il est reconnu au procès que le défendeur était débiteur du failli d'une somme échue lorsque ce dernier a fait faillite, et qu'il ne présente, pour éteindre cette créance, par la voie de la

(1) M. Bufnoir, *Cours supplémentaire*, année 1890-91 ; — *Etude approfondie et comparée des sûretés réelles et personnelles* ; — *Régime hypothécaire*.

compensation, que des effets de commerce de ce même failli, dont il était devenu porteur par voie d'endossement, qui n'étaient pas échus le jour de l'ouverture de la faillite, et dont il n'aurait pas pu retirer le paiement par anticipation dans les dix jours qui l'ont précédée, que si ces effets du défendeur ne sont devenus exigibles que par la faillite, ils ont été atteints par elle... etc (1) ». L'arrêt continue en déclarant que la faillite a opéré comme une saisie-arrêt au profit de la masse des créanciers du failli dont la loi a voulu maintenir l'égalité, que même si le failli avait payé entre les mains du défendeur, le paiement aurait été nul et aurait dû être rapporté ; que, par conséquent, la compensation n'a pu se produire. Cet arrêt est d'accord avec la théorie de Merlin, c'est aussi l'opinion unanime de la doctrine. La compensation, dit-on partout, est un double paiement ; là où le paiement est interdit par la loi, la compensation l'est aussi. Or, les articles 446 à 449 interdisent le paiement dont l'échéance arrive pendant le temps suspect, c'est-à-dire depuis la cessation des paiements, parfois même dix jours avant ; donc la compensation est impossible dans les mêmes limites. « En droit français, dit M. Thaller, la doctrine est ferme. Lorsque la compensation n'a pas encore produit ses effets au moment où s'ouvre la faillite, et qu'à cette date, les deux dettes ne sont pas, l'une et l'autre, liquides et exigibles, c'est en vain que le créancier voudrait s'en prévaloir, force lui est de régler la totalité de son dû et de ne produire qu'au pied du dividende. Solution assez logique pour qui analyse la compensation en double paiement : *compensatio est instar solutionis*. Comment, en effet, supposer que le créancier a touché des mains du

(1) Merlin, *Répertoire de jurisprudence*, pp. 637 et 638.

failli la somme à laquelle il prétendait, en échange des fonds dont il était personnellement redevable, alors que le dessaisissement survenu rend irréalisable ce double transport d'espèces » (1) ? C'est bien là le résumé de la théorie en notre matière, le résultat auquel conduit infailliblement la combinaison des principes de la compensation légale avec les règles relatives à la faillite. Résultat rigoureux et souvent injuste, tellement injuste que la jurisprudence, si attachée d'ordinaire au texte de nos lois, s'est trouvée forcée en quelque sorte de trouver des expédients pour l'éviter. « Ainsi, continue M. Thaller, lorsque l'intention originaire des contractants était de liquider plus tard les deux dettes simultanément, et l'une dans l'autre en quelque sorte, cette volonté pourra se réaliser malgré la faillite, c'est ce qui arrive journellement en cas de compte courant. Nonobstant ces brèches fréquentes qu'elle reçoit dans la pratique, la règle n'en est pas moins d'une exactitude inattaquable. » Sans doute la règle est inattaquable dans nos lois, mais son application est souvent détournée dans des cas autres que celui indiqué par M. Thaller, nous voulons parler de l'hypothèse de dettes connexes. Un arrêt de la Cour de Caen du 27 juin 1874 (rapporté dans Sirey 1879-2-145) en fait foi. Il s'agissait d'une femme qui avait obtenu la séparation de biens et dont le mari était déclaré en faillite, La femme voulait exercer ses reprises, la faillite, elle, lui réclamait récompenses et celles-ci se rapportaient aux reprises. De plus, la faillite voulaient obtenir satisfaction complète et soumettre la femme à la loi du dividende pour le recouvrement des dites reprises, car il s'agissait d'un cas où la femme n'avait aucun droit

(1) M. Thaller, *Les faillites en droit comparé*, t. II, pp. 36 et 128.

de préférence. Celle-ci refusa de payer tant qu'elle n'aurait pas touché le montant complet de ce qui lui revenait.

L'affaire vint devant la Cour de Caen, qui donna gain de cause à la femme, en motivant ainsi sa décision : « Les causes de reprise ou d'indemnité sont les éléments d'un compte indivisible, le règlement des comptes détermine qui est créancier, qui est débiteur. » En réalité, c'était une compensation, cette soi-disant indivisibilité du compte n'était autre qu'un subterfuge pour arriver à compenser des dettes connexes. C'est ce qui a été très bien vu par M. Labbé, qui, dans une note, développe une théorie au point de vue de la compensation de dettes connexes. « Pour nous, dit-il (1), il ne nous paraît pas possible de nier la compensation. La femme est créancière pour certaines causes; elle est débitrice pour d'autres causes, et si la balance la déclare définitivement et uniquement créancière ou débitrice d'une somme diminuée, c'est parce qu'elle est réputée avoir payé ce qu'elle devait avec ce qui lui était dû. C'est, à notre avis, substituer des mots trompeurs à la réalité que de parler d'un compte indivisible et d'éléments qui se pénètrent et se confondent, au lieu de parler d'obligations distinctes qui s'éteignent réciproquement, jusqu'à due concurrence, par la vertu d'une compensation....

Nous croyons qu'il faut aller plus loin, fonder la solution souhaitée sur une idée plus générale et décider que la faillite ne met pas obstacle à la compensation entre dettes dérivant d'une même cause. Le droit romain nous apprend que la compensation entre dettes *ex eadem causa* est plus ancienne, elle est d'une équité

(1) M. Labbé, *Note sur l'arrêt de la Cour de Caen du 27 juin 1874* (S. 1879, 2, 143).

plus manifeste que la compensation entre dettes nées *ex diversis causis*. Les obligations comprises dans un compte de communauté, de tutelle, de succession doivent être considérées comme se rattachant à une seule et même cause : à la responsabilité comme mari, comme tuteur, à la qualité de cohéritier.

Nous trouvons pour cette doctrine, qui semble faire une assez grande brèche à l'article 446 Code commerce, et à la loi du dividende, un appui dans la jurisprudence et même dans la loi.

Une succession s'ouvre, elle échoit à plusieurs héritiers ; l'un deux, qui a déclaré être en faillite après l'ouverture de la succession, doit un rapport à la masse, rapport de donation ou rapport de dette. Le syndic peut-il prétendre effectuer le rapport en dividende et s'emparer de l'intégralité de la part du failli dans les biens héréditaires ? Non. Il doit subir le rapport par imputation, le rapport en moins prenant, lequel est une sorte de compensation. Il ne prendra que l'excédent de la part du failli sur le montant des rapports dont celui-ci est tenu. La Cour de Paris a dit et la Cour de Bordeaux a répété : ce n'est pas la succession qui vient à la faillite, c'est la faillite qui vient à la succession. Nous préférons nous exprimer ainsi : les droits et les obligations des cohéritiers entre eux ont une même source ; il est juste que l'hérédité se liquide comme elle se liquiderait si aucun des héritiers n'était en faillite. Les imputations ou compensations qui dérivent de l'hérédité ont une raison d'être si naturelle que l'article 446, qui poursuit la fraude là où elle est présumable, n'a sans doute pas voulu s'y opposer. La loi du marc le franc ne doit pas y faire obstacle.

Enfin la loi elle-même vient à notre aide et semble nous

fournir une base pour y asseoir cette doctrine, à savoir que l'état de faillite ne met pas obstacle à la compensation *ex eodem causa*.

Une vente a été conclue, elle est inattaquable. L'acheteur tombe en faillite. Le syndic peut-il dire au vendeur : livrez-moi la chose, je vous admetts à la faillite pour le montant du prix, je vous paie le prix en monnaie de faillite ? Non, (article 578, code commerce).

Nous savons bien que l'idée du privilège du vendeur peut ici intervenir et expliquer que le vendeur ne soit pas soumis à la loi du dividende.

Mais n'y a-t-il pas une raison plus large ? Un artiste, un ouvrier, un entrepreneur a promis un ouvrage moyennant un salaire. Il n'a pas de privilège, et cependant il peut refuser de livrer l'ouvrage, si on ne lui paie pas le prix intégral. Il échappe à la loi du dividende par un droit de rétention identique dans sa source première au droit de compensation ; il garde ce qu'il doit en paiement ou en garantie de ce qui lui est dû. L'idée supérieure et dominante est celle-ci : Dans un contrat qui engendre ou dans un quasi-contrat qui unit des obligations réciproques, l'une des parties n'est pas tenue d'exécuter, si l'autre n'exécute pas à son profit le contrat tel qu'il a été fait, le quasi-contrat, tel qu'il se comporte dans son unité. De même la femme, dont les reprises et indemnités sont liquides, peut répondre à la demande du syndic : Nous sommes dans une relation quasi-contractuelle. Si vous voulez que je m'acquitte, payez vous-même, payez en même monnaie que moi, non en monnaie de faillite. Vous parlez d'égalité entre créanciers. Il y a une égalité plus nécessaire en justice, celle entre les parties qui ont contracté ensemble, qui, ayant fait une opération à titre onéreux, et

comptant sur l'équivalent des valeurs échangées, ont dans cette équivalence même, une garantie contre l'éventualité d'une perte.

C'est le principe de la compensation *ex eadem causa*, motivée par l'unité du rapport contractuel ou quasi-contractuel, qui embrasse des obligations réciproques ; elle doit être observée nonobstant l'état de faillite de l'une des parties intéressées. »

Nous sommes de l'avis de M. Labbé, en faveur de la compensation. Il est juste que les dettes nées *ex eadem causa* se compensent malgré la faillite de l'un des obligés. C'est l'équité qui doit triompher en notre matière, si l'on veut rester dans les principes vrais de la compensation, qui est une des manifestations les plus claires de l'*æquitas*. C'est si évident que, lorsque les textes y sont contraires, on est forcé de les tourner ; et, en réalité, la jurisprudence viole la loi au profit de la justice, elle joue ici le rôle du prêteur romain dans quelques-uns de ses édits. Espérons qu'il en sera comme à Rome, que la marche en avant de la pratique sera suivie bientôt par le législateur. Nous verrons plus loin comment les Allemands ont compris la compensation en matière de faillite.

On est d'accord, en doctrine et en jurisprudence, pour admettre que la déconfiture ne doit pas être assimilée à la faillite et, par conséquent, n'empêche pas la compensation. La Cour de Lyon, dans un arrêt en date du 23 février 1869, applique cette théorie qu'elle motive ainsi : « Considérant que, vainement, pour écarter la compensation, l'on se prévaut de ce que Boissommet serait tombé en déconfiture et de ce que, par assimilation au cas de faillite, il ne pourrait plus s'opérer alors de compensation préjudiciable à l'avoir commun de ses créanciers ; — Considérant, à ce

sujet, que l'état de déconfiture, à la différence de l'état de faillite, ne dessaisit pas de l'administration de ses biens le déconfit ; que ses biens continuent de demeurer le gage commun de ses créanciers, suivant l'article 2092 C. Nap., et les termes ordinaires du droit, en laissant subsister, par conséquent, toutes les règles relatives au paiement et à la compensation (1). » Nous ajouterons que la loi crée au failli une situation exceptionnelle qu'on ne peut, en dehors des textes, étendre par analogie au débiteur déconfit.

Notre matière ne serait pas traitée complètement, si nous laissons de côté une des questions les plus importantes relatives à la compensation en matière commerciale, au sujet des titres à ordre. On se demande si le tiré d'un chèque, par exemple, étant devenu créancier du porteur, peut lui opposer la compensation ? L'affirmative a été admise par la Cour de Dijon, dans un arrêt du 6 mai 1887, rapporté dans les *Annales de droit commercial* (2), où elle est analysée et discutée par M. Mouchet, de la manière suivante :

La Cour de Dijon a tranché à, la date du 6 mai 1887, une question de compensation, à propos de la présentation d'un chèque au tiré, qui est de nature à suggérer des réflexions assez sérieuses.

Les faits du procès étaient des moins compliqués. Le sieur Clerget était porteur d'un chèque créé à son profit par les sieurs Tisserand, Lécivain et C^{ie}, il était de plus débiteur pour une cause quelconque du tiré. Il se présenta chez ce dernier pour obtenir le paiement du chèque ; sur la promesse que ce paiement allait lui être effectué, il

(1) Lyon, 23 février 1869.

(2) *Annales de droit commercial*, 1889, II, pp. 39 et suiv., *De la compensation dans les chèques*.

apposa le pour acquit sur le titre dont il était porteur ; le tiré, invoquant alors la compensation, lui remit la différence entre la somme portée sur le chèque et le montant de la dette dont le porteur était tenu. Dans ces conditions, la compensation était-elle possible ? Telle est la question que la cour de Dijon a dû examiner et qu'elle a résolue affirmativement.

Étant admis que le preneur est devenu créancier par suite de la création du chèque, que le tiré est lui même créancier du bénéficiaire du titre, la Cour a conclu que les conditions de la compensation légale sont réunies et que l'extinction des deux dettes s'est produite jusqu'à concurrence de la plus faible. « Attendu, dit-elle, que Clerget, en présentant le chèque à la caisse de Guiot et C^{ie}, réclamait de ceux ci le paiement d'une somme exigible et liquide, alors qu'il était leur débiteur direct et principal pour une somme liquide et exigible de 2,241 fr. 35, ce qu'il ne conteste pas ; — que dans ces conditions, la compensation légale s'est opérée immédiatement entre cette dette et cette créance jusqu'à due concurrence, et ce par application des articles 1289 et suivants du Code civil, auxquels n'a nullement dérogé la loi du 14 juin 1865 sur les chèques ; — que cette compensation a lieu de plein droit, à l'insu du débiteur et du créancier, par la seule force de la loi, que Guiot et C^{ie} ont donc usé du droit que leur accordait la loi en opposant à Clerget la compensation légale.... ». C'est sur ce point qu'il nous paraît difficile de donner notre adhésion aux considérations développées par la Cour et à sa solution.

Tout d'abord, remarquons que, d'après la Cour, la compensation légale se serait opérée immédiatement, c'est-à-dire dès la création du chèque : selon les termes

de l'arrêt, Clerget, étant devenu par l'émission du titre créancier du tiré, comme il était en même temps débiteur de ce dernier d'une somme liquide et exigible, la compensation s'est produite conformément à l'article 1289. Or, ce résultat nous semble impossible à admettre ; il serait la négation d'un des effets essentiels du titre à ordre.

Lorsqu'un titre de cette nature est émis, celui qui est constitué débiteur est tenu, non envers une personne déterminée, mais envers celui qui vient à l'échéance réclamer le paiement ; tant que le titre est en circulation il n'y a pas à proprement parler de créancier et, dès lors, nous ne pourrions plus trouver le concours des qualités de créancier et de débiteur qui est nécessaire pour la réalisation d'une compensation légale. Pour le titre à ordres la qualité de créancier ne peut se fixer sur la tête d'une personne déterminée que par la présentation de ce titre et sa remise entre les mains du tiré, avec une demande de paiement. C'est donc à ce moment seulement que le tiré pourrait soutenir que la compensation était opérée : voyons maintenant s'il était en droit de le faire.

Pour contester la prétention du tiré, on invoquait l'article 1293, § 1, on alléguait que le preneur avait été dépouillé injustement par le tiré du chèque dont il était porteur. La Cour refusa de se rendre à cette manière de voir décidant que le preneur n'avait pas été dépouillé et ajouta, « attendu que si en présentant et en remettant à Guiot et C^{ie} le chèque de 4.500 francs, Clerget a pu avoir la pensée que des espèces ou des billets de banque lui seraient versés pour le montant intégral du titre dont il était propriétaire, il ne peut invoquer son ignorance ou son oubli des dispositions de la loi relative à la compen-

sation légale ; que, pour déroger aux effets de cette compensation, il eût fallu, ce qui n'existe pas dans la cause qu'avant la remise du chèque dans la caisse de Guiot et C^o, Clerget eut imposé à ces banquiers, comme condition expresse de cette remise que la compensation n'aurait pas lieu... »

Mais il nous semble qu'on aurait pu contester la compensation par d'autres arguments.

Si nous supposons que la provision nécessaire à la création du chèque consiste en fonds déposés chez le tiré, ce qui est l'hypothèse normale, nous n'éprouverons aucune difficulté à établir que la compensation n'était pas possible. D'une part, il résulte de l'article 1293, § 2, que l'on ne peut opposer l'exception déduite de la compensation à la demande en restitution d'un dépôt, et il est généralement admis en doctrine que pour conserver à cette disposition son caractère exceptionnel, il faut l'appliquer au cas d'un dépôt irrégulier. D'autre part, par la création d'un titre à ordre et spécialement du chèque, le preneur se trouve investi de tous les droits du tireur ; il peut réclamer tous les avantages qui appartiennent à ce dernier. La conséquence se déduit d'elle-même : le procureur substitué au preneur n'a donc pas plus que ce dernier à redouter l'exception de compensation.

Mais la loi française n'a pas restreint le fonctionnement du chèque au cas où le tireur a des fonds en dépôt ; elle se contente d'une provision préalable et disponible ; il suffit, pour qu'un chèque puisse être créé, qu'il existe au profit du tireur une créance exigible et que le débiteur ait consenti à l'emploi de ce mode de recouvrement. Dans cette hypothèse, la compensation sera-t-elle opposable par le tiré à un porteur qui serait en même temps son

débiteur? Il semble que la solution affirmative s'impose, puisque les conditions de la compensation légale se trouvent réunies et que nous ne nous trouvons pas dans l'hypothèse exceptionnelle prévue par l'article 1293. Cependant nous éprouvons des doutes sur l'exactitude de ce résultat : nous apercevons une objection très grave contre cette doctrine. Les titres à ordre produisent des effets qui sont inhérents à leur forme ; dès qu'un effet se produit avec les conditions apparentes requises pour la validité d'une lettre de change, il entraîne des conséquences sur lesquelles le porteur peut compter. Nous croyons que le même principe peut être admis pour les chèques, en vertu de l'analogie que présentent ces deux espèces de titres. Or, si l'on considère que le chèque est créé normalement pour effectuer le retrait de fonds déposés, on comprendra que le porteur de ce titre est autorisé à se croire à l'abri de toute compensation de la part du tiré, et cette croyance est d'autant plus légitime que nulle mention portée sur le titre ne vient lui indiquer dans quelles conditions la provision a été constituée par le tireur. Ainsi, en admettant la solution qui semblerait commandée par les principes, on arriverait à cette solution choquante qu'il faudrait reconnaître deux espèces de chèques susceptibles de produire des effets différents au point de vue de la garantie du paiement pour le porteur. Nous croyons qu'il est possible d'éviter ce résultat ; si l'on admet avec la Cour de cassation (11 mai 1880, Sirey, 81, 1. 107) que l'on peut renoncer par avance au bénéfice de la compensation légale, il nous sera possible de trouver cette renonciation dans les conditions exigées par la loi pour qu'il y ait provision. Le tiré, en reconnaissant que les fonds sont disponibles entre ses

main, me paraît avoir fait cette renonciation ; il affecte, d'une manière exclusive, une somme à l'acquittement des chèques dont il autorise la création, et cette affectation, analogue à celle que produit la convention dans le dépôt, implique nécessairement une renonciation au bénéfice de la compensation légale.

Si l'on admet cette interprétation, la solution donnée par la Cour de Dijon doit être absolument écartée ».

En ce qui concerne les chèques, cette idée, que le tiré s'est engagé à payer entre les mains du porteur, est juste, et, par suite aussi, l'idée qu'il a renoncé d'invoquer contre lui la compensation.

Le tiré permet d'effectuer le paiement entre les mains du porteur, comme celui-ci aurait pu le recevoir du tireur. Or il évident que le tireur n'aurait pu invoquer la compensation de ce qu'il doit au tiré pour repousser le porteur. Celui-ci ne doit donc pas être plus mal traité en s'adressant au tiré qu'il ne l'eût été en s'adressant au tireur, il doit être payé. Il y a ici une stipulation pour autrui, par laquelle le tiré s'est engagé à payer au porteur à la place du tireur. Mais l'idée change, si l'on se place à un autre point de vue, si l'on suppose, comme le font certains auteurs, qu'il y a une cession de créance, à savoir que le tireur a cédé au porteur les droits qu'il avait contre le tiré. Dans ce cas, la compensation est possible, car le cessionnaire n'a pas plus de droits que le cédant, or, celui-ci étant soumis à la compensation, le cessionnaire ou porteur y sera soumis dans la même mesure. En résumé, en matière de chèque, le tiré s'est engagé à payer aux mains du porteur, celui-ci a donc un droit à part contre lui. Ce que nous venons de dire des chèques, nous l'étendrons par analogie à la lettre de

change et au billet à ordre, étant donnée la grande ressemblance qu'il y a entre eux.

Parfois la compensation ne sera pas possible, bien que les deux dettes existent entre les deux parties en cause, bien qu'elles soient liquides, parce que l'une d'elles est paralysée par une exception que le débiteur pourra invoquer, si bon lui semble. Nous voulons parler, en particulier, du cas où un mineur s'étant engagé pendant sa minorité, sans ratifier sa dette ensuite, son créancier vient à contracter une dette à son égard. « A l'égard des mineurs, dit Merlin, il est de règle générale que la compensation ne saurait être admise contre eux pour les engagements qu'ils peuvent avoir contractés. Un mineur non émancipé vous doit, par exemple, une somme en vertu d'une obligation qu'il a souscrite à votre profit : la dette est claire et liquide; elle est exigible, du moins quant à l'échéance de la dette; vous n'en pourriez pas cependant demander la compensation avec une autre dette dont il est votre créancier; la raison en est simple : c'est que, d'une part, il peut exiger la somme que vous lui devez; et que, de l'autre, sa dette, eu égard à sa minorité, peut être annulée par quelque exception, et qu'il peut se faire relever de l'obligation qui le constitue votre débiteur, vous ne pouvez donc lui opposer la compensation (1) ».

(1) Merlin, *Rép. de jur.*, t. II, p. 642.

SECTION II. — D'après le projet de Code civil allemand.

Il est essentiel, pour traiter cette partie de notre matière, de rappeler l'idée fondamentale du système de la compensation dans le projet. La compensation, nous l'avons déjà vu, y est considérée comme un droit de rétention renforcé ; chacune des parties a entre les mains une garantie, un gage, en quelque sorte, résultant de la dette à l'égard de son obligé. La dette de chacun devient le gage de sa créance. Etant donnée, cette notion qui peut invoquer la compensation ?

D'après le projet, la caution ne peut invoquer la compensation du chef du débiteur principal. Cette décision est logique et découle tout naturellement du système adopté par le législateur allemand. En effet, en Allemagne, la coexistence des dettes liquides et exigibles ne suffit pas pour amener l'extinction réciproque des obligations des deux parties ; dès que les dettes coexistent, bien loin de s'éteindre, elles se servent de garantie, elles se fortifient l'une l'autre. Ce n'est qu'au moment où l'une des parties aura déclaré à l'autre sa volonté de payer sa créance avec ce qu'elle détient et qui appartient à l'autre par suite de sa contre-créance, que l'extinction se produira. Or la caution ici est tout à fait en dehors : il est évident qu'il ne lui appartient pas de faire elle-même cette déclaration qui dépend uniquement de la volonté des deux parties principales. Le projet a donc été logique en lui interdisant de se prévaloir de la compensation. Mais a-t-il été juste ? Nous ne le pensons pas. Car l'équité veut que l'obligé

accessoire, secondaire, ait au moins la même facilité de se dégager de son obligation que le débiteur principal ; ou alors, si l'on admet le contraire, il arrive forcément que celui qui garantit subsidiairement se trouve être engagé d'une manière plus rigoureuse que l'obligé principal. C'est à ce résultat qu'aboutit la décision du projet.

Le débiteur cédé, qui aurait pu opposer la compensation au cédant, avant la cession, peut-il l'opposer au cessionnaire ? La question offrait des doutes. Car le projet exige, lui aussi, comme condition de la compensation, que les deux dettes à compenser soient personnelles aux parties qui veulent s'en prévaloir. Or, une fois la cession opérée, cette réciprocité n'existe plus : la créance contre laquelle il voulait opposer sa contre-créance a changé de mains, c'est le cessionnaire qui est devenu créancier à la place du cédant, et, par conséquent, il fallait déclarer, pour être logique, que la compensation était inadmissible. Toutefois, ici le législateur allemand s'est soumis à l'équité à l'encontre des principes. Il a décidé que le débiteur cédé pouvait encore opérer la compensation, même après la cession. Son raisonnement fut celui-ci : dès que la compensation est devenue possible entre les parties, celles-ci y ont chacune un droit acquis ; elles ont entre les mains une créance et une dette, la dette devient le gage de la créance, et rien ne peut enlever ce gage de leurs mains. C'est pourquoi la cession reste impuissante à ce point de vue, le cessionnaire pourra se voir opposer la compensation, il est censé avoir accepté ce résultat. Nous avons vu qu'il en était autrement en droit français : là, dès que les deux dettes ont coexisté avec les conditions nécessaires, la compensation s'est produite et les a éteintes, même à l'insu des parties. Toutefois, les besoins de la

pratique ne pouvaient s'accommoder avec cette idée qu'il pourrait y avoir cession de droits éteints. Aussi, le législateur a-t-il décidé qu'il y aurait renonciation tacite à la compensation, de la part du débiteur cédé, non seulement pour le cas où il accepterait la cession, ce qui était juste, mais encore pour l'hypothèse où l'on se contente de lui faire la notification exigée par l'article 1690. Le législateur français était bien obligé de faire intervenir ici l'idée de renonciation tacite à la compensation ; en réalité il y a plus qu'une renonciation à un droit acquis, il y a résurrection d'obligations éteintes de plein droit par la loi. Le système allemand est donc bien différent du système français ; il laisse intact le droit du débiteur cédé à l'égard du cessionnaire ; celui-ci, au point de vue qui nous occupe, sera traité comme le cédant.

Le codébiteur solidaire peut-il invoquer la compensation du chef de l'un de ses codébiteurs alors que celui-ci ne s'en est pas encore prévalu ? La disposition du projet à cet égard, était facile à prévoir : il se déclare pour la négative et avec raison. Car celui des codébiteurs solidaires, qui a une créance sur le créancier, a seul en son pouvoir le droit d'exercer la rétention. Seul il peut, par sa déclaration, exigée par la loi, faire savoir au créancier qu'il paie, en gardant les espèces qu'il détient en vertu de sa dette et qui appartiennent à ce même créancier. Il est créancier gagiste et seul il peut se prévaloir de son gage. Comment comprendre, en effet, qu'un autre codébiteur poursuivi puisse refuser de payer ? Il ne pourrait le faire qu'en invoquant le droit de rétention de son codébiteur ; il paierait, en quelque sorte, avec ce qui appartient à celui-ci et rien qu'à celui-ci, il s'acquitterait avec l'argent d'autrui. Aussi

le projet n'a-t-il pas hésité, il a déclaré que la compensation ne pourrait être invoquée que par un codébiteur, du chef d'un autre codébiteur, tant que ce dernier n'aurait pas opposé la compensation. Dans notre Code civil français, nous l'avons dit, la solution est la même ; mais, d'accord avec l'équité, qui ne veut pas que le seul fait d'un des codébiteurs d'avoir une créance contre le créancier le charge du paiement, cette solution est en désaccord avec les principes de la compensation légale. Celle-ci, s'opérant par la seule coexistence des créances, à l'insu des parties, il eut fallu, pour appliquer strictement les vrais principes, décider que l'obligation était éteinte et que tous les coobligés pouvaient se prévaloir de son extinction. Le projet de Code civil allemand est resté logique tout en donnant la même solution.

A propos du codébiteur solidaire, nous avons eu à résoudre, en droit français, la question de la compensation par rapport à la caution solidaire. Nous nous sommes demandés si la caution solidaire devait être assimilée à la caution simple au point de vue de la compensation, ou au codébiteur solidaire. Nous avons exposé la controverse et admis que la caution solidaire devait être traitée comme la caution simple, c'est-à-dire qu'elle pouvait se prévaloir de la compensation existant au profit du débiteur principal. En droit allemand, la question n'existe pas, car peu importe que l'on considère la caution comme caution simple ou comme codébiteur solidaire ; ni dans l'un ni dans l'autre cas, elle ne peut invoquer la compensation du chef de son coobligé.

Nous arrivons maintenant à un point de notre sujet qui est peut-être le plus intéressant relativement aux consé-

quences qui découlent de la notion de la compensation en droit allemand; nous voulons parler de l'hypothèse d'une faillite.

En droit français, avons-nous dit, si la compensation ne s'est pas accomplie, pour une raison quelconque, avant l'ouverture de la faillite, elle ne pourra plus s'accomplir.

Le débiteur du failli se verra dans l'obligation de payer intégralement le montant de sa dette, tandis que sa créance sera soumise à la loi du dividende. Résultat inique, d'autant plus que souvent il dépendra d'une circonstance tout à fait de hasard, comme le défaut de liquidité de la créance, par exemple. Il est vrai que la jurisprudence cherche à atténuer la rigueur de la loi en la tournant, mais la loi n'en reste pas moins injuste dans son principe. Le projet de Code civil allemand donne une solution absolument contraire à celle de notre Code, il déclare que la compensation aura lieu nonobstant l'état de faillite de l'une des parties. Il est vrai que le législateur allemand, de même que le législateur français, considère la compensation comme un paiement, mais c'est un paiement s'opérant différemment. Dans notre droit, dès que les deux dettes coexistent, elles s'éteignent, mais il faut, pour cela, que les conditions exigées par la loi soient réunies. Il est inutile de parler de rétroactivité, avant d'invoquer l'effet rétroactif de la compensation, il faut d'abord que la compensation puisse s'accomplir. Or, une fois la faillite ouverte, la compensation est impossible.

En droit allemand, il en est autrement. Dès que les créances coexistent, chaque partie a, entre les mains, un gage qui consiste justement dans sa dette : elle retient les espèces, qui appartiennent à son créancier, comme

garantie de sa propre créance. Survienne la faillite, le créancier du failli, comme du reste aussi le failli à l'égard de ce créancier, est considéré comme gagiste et comme tel se soustrait à la loi du dividende. « Comment se fait-il, dit M. Thaller, que les Allemands en (la loi française) aient pris tout juste le contre-pied ? C'est qu'en Allemagne, la compensation n'est pas seulement un moyen de s'épargner les inconvénients d'une remise effective d'espèces, le réel avantage qu'elle présente dans notre droit, mais, en outre, une garantie, la possibilité, en cas de faillite du débiteur, d'éviter les suites de son insolvabilité, en appliquant à la créance une dette dont on serait tenu envers lui d'autre part. Il est aisé de se rendre compte des étapes successives que la législation a dû suivre pour en venir à cette compensation définitive. Il suffit de reprendre l'exposé historique dont le droit de rétention a été, il y a un instant, l'objet. Celui qui use de la compensation, commence par retenir ce qu'il doit.... *exceptio doli mali*. Le moyen, tiré de la rétention implique connexité entre les deux créances, or, les deux dettes, qu'on cherche à compenser, peuvent découler de contrats indépendants, absolument séparés. Puis, la rétention, par elle-même, est une voie défensive et non pas agressive, on ne peut, sous son couvert, liquider la créance dont on excipe, la mettre en balance avec l'autre, les éteindre à concurrence de la plus faible sous forme d'application, or la compensation consiste dans un entrecroisement de ce genre, en vue de dégager un solde final. » (1) Ainsi donc la compensation aura lieu malgré la faillite de l'une des parties, encore que les dettes ne découlent pas du même fait, encore qu'elles

(1) M. Thaller, *Les faillites en droit comparé*, t. II, p. 36 et 128.

ne soient pas connexes. Cette décision du projet n'a rien d'étonnant, si l'on se reporte au Code de commerce, qui admet déjà un droit de rétention plus étendu en faveur des dettes commerciales. Il décide que les papiers de commerce ou les objets mobiliers que l'une des parties a entre les mains et qui appartiennent à son créancier, lui serviront de couverture pour le cas où cette partie deviendrait créancière de ce créancier. On n'exige ici que la commercialité des dettes pour l'exercice de ce droit de rétention, alors qu'en matière civile on exige la connexité. En présence d'un droit de rétention aussi considérable, alors que la rétention est moins énergique que la compensation, nous ne nous étonnons pas de voir la décision du projet qui admet la compensation des dettes mêmes nées *ex diversis causis*. Le droit de rétention en matière commerciale est une simple transition du droit de rétention ordinaire à la compensation, car il n'y a pas loin entre celui qui garde des effets de commerce, pour forcer l'autre partie à exécuter son obligation alors qu'il n'y a de rapport entre ces relations, que la commercialité, et celui qui se paie en gardant en paiement ce qu'il doit à son créancier. Nous avons vu plus haut comment M. Thaller explique l'origine de ce droit de rétention-compensation (1).

Ce qu'il y a de surprenant et d'exagéré, à notre avis, dans cette possibilité d'une compensation, même au cas de faillite, c'est qu'aucune condition ne soit exigée au point de vue des rapports qu'il doit y avoir entre les deux dettes. Deux créances nées de causes absolument différentes vont se compenser. On a cherché à motiver cette disposition de

(1) Voir *supra*, p. 77.

la loi allemande en disant que l'une des parties, le débiteur, n'avait consenti souvent à s'engager envers son créancier qu'en vue de la garantie que lui donne sa dette ; ou bien que le créancier parfois contractait des dettes envers son débiteur pour se payer ensuite en compensant sa dette avec sa créance. A notre avis, cette explication est insuffisante, on ne peut motiver la disposition si large du projet, au point de vue de la compensation, quand l'une des parties se trouvera obligée envers l'autre, malgré elle, en vertu d'un fait prévu par la loi et qui échappe parfois à la volonté. Supposons le cas où le créancier devient débiteur par suite d'un quasi-contrat, d'un quasi délit : peut-on dire, dans ces hypothèses, qu'il s'est rendu débiteur de son débiteur pour arriver à la compensation ?

Il est impossible de justifier cette disposition exorbitante, pour cette raison même qu'elle est trop étendue. Il eût mieux valu, selon nous, prendre le milieu entre ces deux extrêmes représentés, d'une part, par la loi française, et, de l'autre, par la loi allemande. La loi française est trop restreinte puisque toute compensation est interdite dès qu'il y a ouverture de la faillite ; la loi allemande est trop large, puisqu'elle admet la compensation de dettes n'ayant aucun rapport entr'elles. La vérité est dans la théorie de M. Labbé que nous avons indiquée. En matière de faillite, il faut, pour rester dans le domaine de l'équité, admettre la compensation ; mais ne l'admettre que pour des dettes nées *ex eadem causa*. C'est, croyons-nous, la meilleure solution que puisse adopter une législation.

Nous nous sommes demandés, en droit français, si le tiré, dans un titre à ordre, pouvait opposer à un porteur la compensation d'une créance qu'il a contre le tireur. Nous nous sommes décidés pour la négative en donnant

pour motif que le tiré a fait une stipulation pour autrui. en vertu de laquelle il était tenu de payer comme le tireur lui-même eût payé. Mais tant qu'un porteur n'a pas réclamé le paiement, on ne sait pas encore qui sera créancier ; le tiré a promis de payer, mais il ne sait pas encore à qui il paiera. Le projet allemand donne une solution différente. D'après lui, le porteur actuel est créancier du souscripteur de qui il tient ses droits directement, il n'est pas l'ayant-cause des porteurs précédents, il n'a affaire qu'avec le souscripteur tout comme s'il était le premier porteur, par conséquent la compensation est possible. Le souscripteur sera censé avoir payé le porteur en lui laissant entre les mains les espèces qu'il détient en vertu même de sa dette. On n'admet pas l'idée d'une renonciation à la compensation.

Le projet de Code civil allemand contient une théorie relative à la cession des dettes. Un débiteur peut céder sa dette à une autre personne qui deviendra débitrice de son créancier. Supposons que le débiteur cédant ait une créance contre son créancier, qui lui permet d'invoquer la compensation, le débiteur cessionnaire pourra-t-il s'en prévaloir ? Le projet se décide pour la négative. Car, ici, il n'y a pas réciprocité, c'est le débiteur cédant qui a une créance contre le créancier de la dette cédée, c'est lui qui a en sa possession les espèces qui appartiennent à ce créancier et qui lui servent de gage à lui débiteur cédant. Par conséquent, admettre la compensation au profit du débiteur cédé, c'est lui permettre de payer avec des espèces qui ne lui appartiennent pas. C'est toujours une conséquence logique du système de la compensation considéré comme un droit de rétention renforcé.

CHAPITRE IV

DES EFFETS DE LA COMPENSATION.

SECTION I. — Dans le Code civil français.

De ce que la compensation se produit de plein droit, il résulte que si des deux dettes compensables l'une était productrice d'intérêts tandis que l'autre n'en produisait pas, du jour où ces deux dettes réuniront les conditions voulues par la loi, elles se compenseront et la dette produisant des intérêts n'en produira plus à partir de la compensation, alors même qu'on ne s'en apercevrait que plus tard. Il est évident que nous entendons parler ici de la compensation légale, car la compensation judiciaire ne produira d'effet qu'à partir de la demande ou même du jugement qui la prononcera : il en sera de même de la compensation facultative, elle ne produira d'effet que du jour où la partie, dont la dette ne réunissait pas toutes les conditions voulues, aura levé l'obstacle qui en empêchait l'extinction.

Il en résulte aussi que, au cas où l'une des deux dettes vient à être éteinte par la prescription, après que les conditions de la compensation auront été réunies, la compensation ne s'en sera pas moins produite, bien qu'elle n'ait

pas été invoquée avant la prescription, dont on ne tiendra pas compte.

Nous avons vu que des tempéraments avaient été apportés par la loi à cette règle que la compensation éteint les dettes de plein droit. C'est ainsi que la règle que le débiteur solidaire ne peut pas invoquer la compensation du chef de son codébiteur, est une dérogation à notre principe. D'autre part, aussi, l'article 1293, d'après lequel, bien que la compensation se soit produite, si l'une des deux créances vient à être cédée et si le débiteur accepte la cession de la créance compensée, dans un acte authentique, ce débiteur renonce à son droit d'invoquer la compensation et reste tenu vis-à-vis du cessionnaire ; cette disposition est encore une dérogation à la règle.

La dette éteinte par la compensation, l'est comme s'il y avait eu paiement, aussi les hypothèques, les privilèges disparaissent, les cautions sont libérées ; en un mot, il y a extinction des garanties avec celle de la créance. C'est pourquoi nous avons décidé, avec l'article 1299, que si l'une des parties vient à payer sa dette éteinte par la compensation, elle ne peut plus agir qu'en réclamation de l'indû, excepté, toutefois, le cas où celui qui a payé avait justes motifs pour ignorer la compensation, il aura encore sa créance avec toutes ses garanties à invoquer. C'est une nouvelle dérogation au principe de l'extinction de plein droit des créances par la compensation.

La loi déclare que lorsque la créance compensée reviendra à la vie, en quelque sorte par une renonciation à la compensation accomplie, les droits acquis à des tiers ne pourront être violés. A ce propos, une question se présente. La compensation s'étant opérée, le débiteur a accepté la cession que son créancier a faite de sa créance,

ne faut-il pas voir si le débiteur a ignoré la compensation ?

A notre avis, le débiteur cédé, qui a accepté la cession, ne peut pas opposer la compensation au cessionnaire, mais le cessionnaire pourra-t-il se prévaloir, à l'égard des tiers, des garanties de la créance éteinte par la compensation ? Nous ne le croyons pas, car l'acceptation de la cession faite par le débiteur ne peut porter atteinte aux droits acquis à des tiers à l'extinction de leur charge. Toutefois, si le débiteur, qui a consenti la cession, avait un juste motif d'ignorer la compensation, nous déciderions que, pour ce qui est de sa créance, il pourrait l'exercer contre le cédant avec toutes ses garanties.

L'article 1298 pose un principe incontestable : « La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. » Puis la loi donne comme exemple le cas où une saisie-arrêt a été faite : à partir du moment où la saisie-arrêt a eu lieu, le tiers saisi ne peut pas compenser sa dette avec une créance qu'il viendrait à avoir contre le saisi : car cette compensation aurait lieu au préjudice du droit acquis au saisissant. Toutefois, il pourra se faire que la créance saisie soit supérieure au montant de la créance pour laquelle on a opéré la saisie-arrêt : la compensation pourrait-elle s'effectuer entre l'excédent de cette créance et une dette du saisi ? La question revient à savoir si la saisie-arrêt porte sur la créance saisie et arrêtée toute entière ou seulement jusqu'à concurrence de la créance du saisissant. A notre avis, la règle à poser c'est que la saisie-arrêt empêche le paiement et, par conséquent, la compensation de la créance entière dans l'intérêt du saisissant, même dans ce qui excède les causes de la saisie-arrêt. En effet, le droit commun est que toute saisie rend

indisponible l'objet saisi dans sa totalité. Il faudrait donc prouver que, dans notre cas, il y a exception. On a soutenu que cette exception résultait de l'article 559 du Code de procédure civile, qui veut que les causes de la saisie-arrêt soient indiquées. A quoi serviraient ces énonciations, dit-on, si ce n'est pour limiter le montant de la créance indisponible ? Or, elles servent à indiquer au saisi le montant de la créance qu'on réclame et lui permettre d'obtenir main-levée de la saisie-arrêt, quand le paiement aura été fait. Ainsi donc nous restons dans le droit commun, la créance saisie et arrêtée l'est pour le tout : il ne peut être question de compensation sans préjudicier au droit acquis au saisissant.

Le principe posé par l'article 1298 a encore donné lieu à une autre difficulté en ce qui concerne l'acheteur d'un immeuble hypothéqué. Pourrait-il compenser son prix avec une créance qu'il aurait contre son vendeur ? On a prétendu qu'il ne le pouvait pas sans faire tort aux créanciers hypothécaires dont il violerait les droits : « Le créancier hypothécaire qui se rend adjudicataire de l'immeuble hypothéqué, ne peut, au préjudice des droits acquis aux autres créanciers hypothécaires, prétendre qu'il s'est opéré une compensation entre sa créance et le prix de l'adjudication (1) ». Il y a erreur, selon nous ; il suffit, pour le prouver, d'étudier en quoi consiste le droit des créanciers hypothécaires. Leur droit est un droit réel qui leur permet de suivre leur gage entre quelques mains qu'il se trouve, de le faire vendre et de se payer sur le prix. Or, dans notre hypothèse, en quoi nuit-on aux droits de ces créanciers ? L'immeuble est toujours leur

(1) Aubry et Rau, p. 232, note 34.

gage, ils pourront le réaliser quand bon leur semblera. Mais de là à prétendre qu'ils ont un droit quelconque sur le prix de l'immeuble vendu à l'amiable, alors que l'acquéreur n'a pas encore déclaré vouloir purger, il y a loin. Le prix appartient au vendeur tant que l'acquéreur n'a pas manifesté la volonté de le payer aux créanciers hypothécaires, il peut le recevoir comme l'acheteur peut le lui payer : la compensation reste donc possible comme ne causant aucun préjudice à des droits acquis.

SECTION II. Dans le projet de Code civil allemand.

Dans le projet de Code civil allemand, comme dans le Code civil français, la compensation n'est plus une exception comme dans le droit romain, c'est un mode d'extinction des obligations. Dès que les deux créances coexistent avec les conditions voulues, le droit de rétention se produit, chaque partie a une garantie pour sa créance qui consiste précisément dans sa dette. Quand un des créanciers fera à l'autre la déclaration qu'il se paie avec les espèces qui sont entre ses mains et qui appartiennent à son contre-crédancier, puisqu'elles représentent le montant ou une partie du montant de sa dette, il y aura rétroactivité. Les obligations seront censées éteintes du jour où elles ont existé, chaque partie sera réputée s'être payée elle-même du moment où elle a eu des valeurs appartenant à l'autre. De ce jour, les intérêts ne courront plus, les choses se passeront comme s'il y avait eu paiement. Toutefois, nous l'avons vu, il ne peut être question

ici du paiement de l'indû, car, de deux choses l'une, ou bien la déclaration de volonté de l'un des créanciers d'exercer la compensation aura été faite, et alors on ne conçoit pas que l'autre partie paie, de même qu'on ne conçoit pas que le créancier qui a voulu compenser et a compensé, accepte le paiement; ou bien la déclaration de compenser n'a pas été faite, et alors le paiement effectué par l'un des débiteurs sera et rendra impossible la compensation, puisque, pour compenser, il faut qu'il y ait deux créances en présence l'une de l'autre, et que, dans notre cas, il n'y en a plus qu'une. Ainsi donc, il ne peut être question de réclamation de l'indû.

Pour ce qui concerne la prescription, le raisonnement est le même si l'on suppose qu'elle a été invoquée. Ou bien elle aura eu lieu avant la déclaration de volonté et alors la compensation ne sera plus possible; ou bien elle n'aura pas été invoquée ou n'arrive qu'après la déclaration et alors elle ne sera plus possible puisque la créance est compensée.

Mais, supposons que ni la compensation ni la prescription n'aient été invoquées. Dans ce cas, l'ancien article 281, § 2, s'exprimait en ces termes : « Un droit qui est tenu en échec par une exception, ne peut entrer en compensation ». La prescription empêchait donc la compensation. Cette solution a été modifiée par le nouvel article 334 ainsi conçu : « Une créance soumise à une exception ne peut entrer en compensation. Mais la prescription n'exclut pas la compensation, lorsque la créance actuellement prescrite ne l'était pas à l'époque à partir de laquelle elle avait pu être compensée avec l'autre ». Ainsi, bien qu'on ne permette pas la compensation d'une créance paralysée par une exception, le nouveau

projet admet la compensation d'une créance prescrite pourvu que la prescription ne se soit accomplie que depuis le moment où les deux dettes sont devenues susceptibles de compensation. Il semble donc que l'on soit revenu sur un point particulier à la règle, qui, cependant, a été rejetée, que la compensation s'opère de plein droit. La solution admise, en ce qui touche la prescription, est celle de notre article 1290, elle cadre mal avec le système du projet où elle est une contradiction.

CONCLUSION

La compensation du projet allemand diffère donc à la fois de la compensation française qui est légale, et de la compensation romaine, qui est judiciaire.

Elle diffère de la compensation légale, en ce qu'elle n'a pas lieu à l'insu des parties, par le seul fait de la coexistence des deux dettes avec les conditions voulues, puisqu'il faut une déclaration de volonté de l'une des parties; c'est ce qui en fait la différence avec la compensation conventionnelle, puisque l'un des créanciers imposera sa volonté à l'autre.

Elle diffère de la compensation romaine en ce que celle-ci, étant judiciaire, ne pouvait avoir lieu sans le moyen d'une exception, du moins à l'époque classique, et jamais sans une sentence du juge, tandis qu'en Allemagne elle pourra avoir lieu sans le ministère de la justice, la déclaration, faite par la partie qui veut compenser, étant extra-judiciaire.

Une grande différence et un grand progrès, c'est l'absence de la liquidité au nombre des conditions exigées par le projet, nous en avons vu les avantages.

En résumé, le projet admet une théorie plus juridique et plus équitable à la fois que celle de notre Code civil qui repose sur une erreur et conduit souvent à des conséquences si injustes que ceux-là même qui sont chargés de veiller à la bonne application de la loi, sont obligés de la tourner pour la violer et suivre l'équité.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Pour que le mariage soit valable, en droit romain, le consentement seul des parties n'était pas suffisant, il fallait, sinon une cohabitation effective, du moins une cohabitation possible : la femme doit être à la disposition du mari, qui, lui, peut être absent.

II. Au temps de Gaius et dans la suite, le pupille *proximus infantia* était assimilé aux autres pupilles sortis de l'*infantia* pour ce qui concernait les actes juridiques ou actes licites, tandis que il était considéré comme *infans* pour les actes qui portent préjudice à des tiers ou sont défendus par la loi, comme commis *ex dolo* ou *ex delicto*.

III. A aucune époque du droit romain, il ne fut permis de constituer des servitudes prédiales ni l'usufruit par pactes et stipulations.

IV. L'*exceptio doli* n'entraînait pas toujours l'*absolutio*, mais parfois une simple diminution de la *condemnatio*.

DROIT CIVIL

I. Les sociétés civiles ne constituent pas des personnes morales.

II. La femme étrangère n'a pas l'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, alors même

que cette hypothèque lui est accordée par la loi de son pays.

III. Une seule condition est requise par la loi pour qu'il y ait mariage putatif : la bonne foi des époux ou de l'un d'eux au moment de la célébration du mariage.

IV. La disposition de l'article 1220 ne fait aucun obstacle à ce que les héritiers partagent les créances héréditaires comme tous les autres biens de la succession.

DROIT PÉNAL

I. La confiscation spéciale, comme celle qui porte sur les armes ou engins avec lesquels aurait été commis un délit de chasse, a le caractère exclusif d'une peine, et non le caractère d'une mesure de police, ainsi que quelques auteurs l'ont soutenu. Il en résulte des conséquences importantes, notamment au point de vue de l'application de la loi Béranger.

II. Le juge, pour calculer le nombre des condamnations qui entraînent la réléation, doit tenir compte non seulement de celles prononcées par des tribunaux français, mais aussi de celles résultant de jugements étrangers.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

I. Si un Français, en se mariant à l'étranger, a accompli les formalités de la *lex loci*, mais non celles que l'article 170 exige, à savoir que le mariage « ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, au titre

des actes de l'état civil », le mariage n'est pas entaché de nullité, le défaut de publications ne pourra entraîner qu'une simple amende.

II. Les tribunaux français chargés de donner l'*exequatur* à un jugement étranger n'ont à en examiner le fond que pour voir si la décision est mal rendue, sans pouvoir le modifier.

Vu par le Doyen de la Faculté,
Président de l'acte public,

Nancy, le 9 janvier 1895.

E. LEDERLIN.

Vu et permis d'imprimer :

Nancy, le 10 janvier 1895.

Le Recteur,
A. GASQUET.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	9
-------------------	---

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION	13
CHAPITRE I ^{er} . — Système des <i>legis actiones</i>	14
CHAPITRE II. — Système formulaire.	
SECTION I. — La compensation n'est admise que dans quelques cas exceptionnels.	18
SECTION II. — La compensation après le rescrit de Marc- Aurèle.	21
CHAPITRE III. — Procédure extraordinaire et Constitution de Justinien.	40

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION	51
CHAPITRE I ^{er} . — Nature de la compensation	
SECTION I. — Dans le Code civil français	52
SECTION II. — Dans le projet de Code civil allemand . . .	67

CHAPITRE II. — Conditions de la compensation.	
SECTION I. — Dans le Code civil français	83
SECTION II. — Dans le projet de Code civil allemand . . .	101
CHAPITRE III. — Qui peut opposer la compensation.	
SECTION I. — D'après le Code civil français.	105
SECTION II. — D'après le projet de Code civil allemand . .	132
CHAPITRE IV. — Des effets de la compensation	
SECTION I. — Dans le Code civil français.	141
SECTION II. — Dans le projet de Code civil allemand . . .	145
CONCLUSION.	148

GRANDE IMPRIMERIE DE BLOIS. — PAUL GIRARDOT ET C^{ie}
